UNIVERSITE DE LAUSANNE — FACULTE DE DROIT

Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces

(Etude de droit fédéral et de procédure vaudoise)

THESE

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par

Jean Jacques SCHWAAB
Licencié en droit

1976
MONTREUX - IMPRIMERIE GANGUIN ET LAUBSCHER S. A.

Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Jean Jacques SCHWAAB, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée : « Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces (Etude de droit fédéral et de procédure vaudoise) ».

Le Doyen de la Faculté de droit :
Jean Gauthier

Lausanne, le 1er mars 1976.

UNIVERSITE DE LAUSANNE — FACULTE DE DROIT

Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces

(Etude de droit fédéral et de procédure vaudoise)

THESE

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par

Jean Jacques SCHWAAB
Licencié en droit

1976
MONTREUX - IMPRIMERIE GANGUIN ET LAUBSCHER S. A.

Cet ouvrage n'aurait probablement jamais vu le jour sans l'intérêt constant et la bienveillance que n'ont cessé de nous manifester Messieurs les professeurs Jean-François Poudret et Jean Gauthier. Chacun à sa manière nous a encouragé et conseillé avec beaucoup de compétence et de disponibilité. Nous tenons à leur dire notre sincère reconnaissance.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

A Christine

ABREVIATIONS

aCPC :	Code de procédure civile vaudois du 20 novembre 1911
aCPP :	Code de procédure pénale vaudois du 3 septembre 1940
ad art. :	Commentaire à propos de l'article
al. :	alinéa(s)
AP :	Avant-projet
art. :	article(s)
AT :	*Allgemeiner Teil*
BGB :	*Bürgerliches Gesetzbuch*
BGC :	Bulletin de séances du Grand Conseil du canton de Vaud
BlZR :	*Blätter für zürcherische Rechtssprechung*
BT :	*Besonderer Teil*
Bull. sén. CE :	Bulletin sténographique du Conseil des Etats
Bull. sén. CN :	Bulletin sténographique du Conseil national
c. :	considérant(s)
c/ :	contre
Cass. :	Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois
CC :	Code civil suisse du 10 décembre 1907
Ch. des rec. :	Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois
ch. :	chiffre(s)
CJC :	*Corpus Juris Canonici*
CO :	Code fédéral des obligations (révisé) du 18 décembre 1936
comm. d'exp. :	Commission d'experts
Cons. féd. :	Conseil fédéral
contra :	opinion contraire
CP :	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
CPC :	Code de procédure civile (sans adjonction de lettres distinctives d'un canton : code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966)
CPF :	Code pénal français
CPM :	Code pénal militaire suisse du 13 juin 1927
CPP :	Code de procédure pénale (sans adjonction de lettres distinctives d'un canton : code de procédure pénale vaudois du 12 septembre 1967)
Cst. :	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
DFJP :	Département fédéral de Justice et Police
DT :	Dispositions transitoires de la Constitution fédérale
FF :	Feuille fédérale
FJS :	Fiches juridiques suisses

in :	dans
infra :	ci-dessous
JAAC :	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JCP :	Juris-classeur périodique
JdT :	Journal des tribunaux
LB :	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934
LF :	Loi fédérale
litt. :	lettre(s)
LOS :	Loi vaudoise sur l'organisation sanitaire du 9 décembre 1952
n. :	note(s)
n°(s) :	numéro(s)
NR :	Nouveau recueil de législation vaudoise
Obs. J. instr. :	Observations des juges instructeurs sur l'avant-projet de Code de procédure pénale d'octobre 1964, du 30 décembre 1964
Obs. Pdt :	Déterminations des présidents des tribunaux de districts sur l'avant-projet II de Code de procédure pénale, de décembre 1964
Obs. TC :	Observations du Tribunal cantonal sur l'avant-projet de Code de procédure pénale, de décembre 1964
OJF :	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943
OJPPM :	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale pour l'armée fédérale du 28 juin 1889
OJV :	Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 16 décembre 1947
p(p) :	page(s)
PCF :	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947
PPF :	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934
Praxis :	*Die Praxis des Bundesgerichts*
PV :	procès-verbal
RDS :	Revue de droit suisse (*Zeitschrift für schweizerisches Recht*)
rem. :	remarque(s)
Repertorio :	*Repertorio di giurisprudenza patria*
rés. :	résumé
RJB :	Revue de la Société des juristes bernois (*Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*)
RO :	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ROLF :	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
ROLV :	Recueil des lois vaudoises
RPS :	Revue pénale suisse (*Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*)
RSJ :	Revue suisse de jurisprudence (*Schweizerische Juristen-Zeitung*)
SJ :	La semaine judiciaire
spéc. :	spécialement
ss :	et suivant(e)s
StGB :	*Strafgesetzbuch*
supra :	ci-dessus
t. :	tome(s)
TA :	Tribunal d'accusation
TC :	Tribunal cantonal
TD :	Tribunal de district
TF :	Tribunal fédéral
Zbl :	*Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*
ZPO :	*Zivilprozessordnung*

INTRODUCTION

A une époque où la vie privée est l'objet d'atteintes de plus en plus fréquentes, notamment de la part de la puissance publique, des voix s'élèvent en faveur d'une protection renforcée de la sphère intime [1]. Certaines atteintes sont pourtant nécessaires et la loi en prévoit de nombreuses. L'obligation de renseigner le juge en est une que chacun s'accorde à considérer comme un devoir civique. C'est la contribution de chaque citoyen au devoir de l'Etat de rendre la justice [2]. Une saine justice exige la collaboration des justiciables et toutes les lois de procédure prévoient, sous des formes diverses, l'obligation de témoigner et de produire des pièces [3]. De son côté, le droit matériel protège les secrets et impose divers devoirs de discrétion.

La solution des conflits entre les lois de procédure, qui exigent le témoignage ou la production de pièces, et le droit matériel, qui interdit de révéler sans droit un secret, n'est pas évidente. En droit suisse, la répartition des compétences législatives entre l'Etat central et les cantons complique encore la question. Il nous a dès lors paru intéressant d'examiner si les lois vaudoises de procédure civile et pénale y apportaient une réponse satisfaisante.

Dans une première partie, nous étudierons brièvement deux questions préliminaires destinées à cerner le problème. Il importe en effet

[1] Voir les art. 179 à 179 *septies* CP nouveaux (LF du 20.12.1968, ROLF 1969, p. 330). Le projet de loi fédérale révisant les règles sur la protection de la personnalité de la commission d'experts Lüchinger, paru en allemand *in* RSJ 71 1975, pp. 251/252.

[2] Neumann, pp. 10-12. P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, p. 492.

[3] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 79. Guldener, pp. 252 ss.

de distinguer la procédure civile de la procédure pénale, dont les buts diffèrent, mais dont les moyens sont parfois identiques. Il convient en outre de signaler en quoi le droit fédéral influe sur la procédure cantonale en cette matière.

Notre deuxième partie sera consacrée à l'étude des trois principales obligations de discrétion du droit fédéral, si l'on excepte le secret de fonction : le secret professionnel, le secret bancaire et les autres devoirs de discrétion résultant des règles sur la protection de la personnalité. Nous analyserons d'une part les conditions d'existence du devoir de discrétion et d'autre part les limites que le droit fédéral met à l'obligation du détenteur du secret de renseigner la justice. Nous avons en revanche renoncé à aborder le problème du secret imposé par l'exercice d'une fonction publique, de même que les cas où l'Etat est le principal intéressé au maintien du secret [4]. La solution d'un conflit entre l'un de ces devoirs de discrétion et l'obligation de renseigner la justice est avant tout une question de droit administratif et mériterait une étude trop importante pour figurer dans cet ouvrage.

La troisième partie traitera des dispositions vaudoises sur la sauvegarde des secrets et de l'obligation de témoigner et de produire des pièces prévue par les codes de procédure civile et pénale. Nous examinerons à quelles conditions les parties et les tiers au procès doivent être dispensés de répondre aux questions et aux réquisitions de production afin de sauvegarder un secret.

Nous terminerons notre travail par l'étude des voies de recours ouvertes contre les décisions des juges de première instance accordant ou non le droit de refuser de témoigner ou de produire une pièce.

[4] La violation de ces secrets est le plus souvent punissable pénalement. Voir art. 320 CP (violation du secret de fonction) ; 273 CP (service de renseignements économiques) ; 267, 272, 274 CP (crimes ou délits contre l'Etat et la défense nationale, voir aussi art. 86 CPM) ; 293 CP (publication de débats officiels secrets). Voir Hauser, *Der Zeugenbeweis*, pp. 90 ss. Guldener, p. 361, texte et n. 26. Perrin, thèse.

Première partie

Questions préliminaires

Chapitre I

PROCEDURE CIVILE ET PROCEDURE PENALE

Alors que le droit des sociétés primitives ne faisait pas de distinction entre le procès pénal et le procès civil et que les mêmes règles étaient appliquées à tous les litiges, la procédure civile et la procédure pénale sont nettement séparées dans les législations modernes. La distinction est apparue au moment où l'on a passé de la procédure accusatoire à la procédure inquisitoire [1].

Le fondement essentiel de cette distinction réside dans les buts respectivement assignés à l'une et à l'autre procédure, d'où découlent toutes les autres divergences. En bref, on peut dire que le juge civil est chargé « d'arbitrer » les conflits qui opposent des intérêts de nature privée, au sens large du terme [2], alors que le juge pénal a pour mission de rechercher si une infraction a été commise et, dans l'affirmative, d'appliquer, s'il y a lieu, les sanctions prévues par la loi ; les droits des éventuelles victimes passent alors au second plan.

Si de prime abord il apparaît que les deux procédures ne sont pas fondamentalement divergentes, trois motifs au moins justifient des règles différentes, selon qu'il y a lieu d'arbitrer ou de réprimer :

1. L'intérêt mis en jeu n'est pas le même ;
2. Les conséquences de l'application du droit pénal nécessitent des précautions particulières en matière de preuve notamment ;

[1] Vitu, p. 814. Merle, Vitu, t. II, nos 798 ss, pp. 10 ss.

[2] C'est-à-dire également toutes les causes civiles où l'ordre public est intéressé, notamment les procès d'état civil et celles où l'Etat intervient en qualité de partie.

3. Pour être efficaces, les règles pénales doivent, dans la mesure du possible, être appliquées chaque fois qu'une infraction a été commise, ce qui implique l'intervention d'office du juge, alors que dans le procès civil la sanction doit être requise par les intéressés [3].

Notre but n'est pas ici de passer en revue toutes les différences entre la procédure civile et la procédure pénale, mais d'examiner celles qui ont trait, d'une manière ou d'une autre, à l'obligation de témoigner et de produire des pièces et de voir dans quelle mesure les buts visés justifient, sur ce point, des règles divergentes.

Appelé à se prononcer sur une situation déterminée par les parties, le juge civil n'est pas nécessairement tenu de vérifier la réalité matérielle des faits et des rapports juridiques soumis à son jugement. Il peut le plus souvent se contenter de dire le droit applicable, même si la situation de fait qui lui est présentée est incomplète ; les parties seront en effet les seules à supporter les conséquences éventuelles de leur imprécision [4]. On parle de vérité *formelle* [5] ou *judiciaire* [6] car les règles de procédure civile sur les preuves sont empreintes de formalisme [7]. Malgré l'introduction progressive de la « maxime officielle » la procédure civile, vaudoise notamment, se distingue de la procédure pénale par l'autonomie des parties et un rôle moins actif du juge [8]. Celui-ci est en tout cas limité dans son intervention par l'ouverture d'action d'une part et par les conclusions prises de l'autre. Il ne doit, dans son jugement, tenir compte que des faits allégués et prouvés par les parties ni leur allouer plus qu'elles ne réclament, quand bien même la loi leur permettrait d'émettre des prétentions supérieures [9]. L'autonomie des parties implique selon nous un certain formalisme de la procédure, afin d'éviter une complication excessive des procès. L'absence de règles strictes conduit souvent à un déroulement anarchique de la procédure, ainsi qu'on peut le constater dans les causes instruites selon la pro-

[3] Cavin, p. 2 a.

[4] Graven, p. 111.

[5] Comtesse, RDS 65 1946, pp. 90 a-92 a.

[6] Graven, p. 111.

[7] JdT 1951 III 94.

[8] Grossen, JdT 1957 I 290/291. Vitu, p. 816. Merle, Vitu, t. II, nº 802, p. 15. Une partie de la doctrine actuelle cherche à concilier l'autonomie des parties avec le principe de l'instruction d'office (Voir Schaad, pp. 211/212).

[9] Voyame, pp. 135/136. Vitu, p. 817. Rognon, chap. IV, pp. 81 ss.

cédure sommaire [10], notamment dans les conflits de travail, où les parties interviennent généralement sans l'assistance d'un homme de loi. C'est particulièrement vrai en matière de preuves.

La procédure pénale en revanche ne peut se contenter d'une vérité formelle, mais doit permettre autant que possible de déterminer si les faits reprochés à l'accusé sont réels et assurer une juste application des sanctions prévues. Cette exigence exclut que ce soient les parties, le Ministère public, l'accusé, le lésé, qui déterminent librement le cadre du procès. Lorsqu'il est saisi, le juge pénal doit tout mettre en œuvre pour établir la vérité *matérielle* [11].

Certains auteurs parlent d'indisponibilité du procès pénal [12]. Il n'est en effet pas possible de mettre fin au procès par une transaction, à moins que la loi ne subordonne la poursuite de l'infraction au dépôt d'une plainte et que la conciliation aboutisse au retrait de celle-ci. En outre, le juge n'est pas lié par l'acte d'accusation. Il peut à tout moment de l'instruction aggraver l'inculpation si les faits établis le justifient. Le rôle actif du juge entraîne un certain nombre de conséquences sur les règles de la procédure pénale, qui n'existent pas en matière civile.

En ce qui concerne la preuve, ces conséquences sont au nombre de trois [13] :

1. Le système de la preuve légale est incompatible avec la recherche de la vérité matérielle ; le juge n'est pas limité dans ses moyens d'investigation [14] ;
2. Le Tribunal doit jouir d'un libre pouvoir d'appréciation des preuves [15] ;
3. Le fardeau de la preuve incombe au juge et non à l'accusé, à moins qu'il n'y ait lieu de résoudre une question préjudicielle de droit privé [16].

10 VD CPC art. 346 et ss.
11 Comtesse, RDS 65 1946, p. 90 a. Graven, p. 111. Garraud, t. IV, p. 85.
12 Vitu, p. 817, Merle, Vitu, t. II, nº 801, p. 14.
13 Comtesse, RDS 65 1946, pp. 90 a ss.
14 Cavin, p. 37 a.
15 Cavin, pp. 37 a et 41 a ss.
16 Cavin, p. 39 a. Comtesse, RDS 65 1946, pp. 94 a et 109 a. Vitu, p. 819. Merle, Vitu, t. II, nº 802, p. 15.

Bien que ces principes ne fussent pas tous appliqués dans les cantons avant l'unification du droit pénal et qu'actuellement encore ils ne le soient pas dans toutes les législations étrangères [17], le problème a été définitivement résolu en Suisse par la loi fédérale sur la procédure pénale qui impose aux Etats confédérés certaines règles lorsqu'ils appliquent le droit pénal fédéral [18]. L'article 249 PPF dispose notamment que l'autorité appelée à juger apprécie librement les preuves. Elle n'est pas liée par des règles concernant les preuves légales [19].

Dans le procès pénal, le juge est habilité à entendre des témoins dès qu'il estime ce moyen propre à forger sa conviction alors qu'en matière civile, il faut que la loi applicable prévoie ce mode de preuve. En pratique, aucun canton ne refuse la preuve testimoniale dans les conflits de droit privé ni la production de pièces. L'obligation de témoigner et de produire, qui en est le corollaire, existe dans l'une et l'autre procédure [20]. Notre étude serait dès lors incomplète si nous étudiions les règles relatives à la protection des secrets en procédure civile, mais pas en procédure pénale. Nous verrons d'ailleurs qu'elles ne sont pas toujours semblables et nous examinerons si les différences sont justifiées en fonction des intérêts protégés et des buts visés.

[17] Cavin, p. 38 a. Graven, p. 115. En France, l'article 427 CPP exprime le principe de la liberté de la preuve pénale et l'article 428 CPP celui de la libre appréciation des preuves. Voir Merle, Vitu, t. II, nos 802 et 926, pp. 15 et 143.

[18] RS 312.0. Voir art. 247 ss. PPF. (Procédure devant les Tribunaux cantonaux en matière pénale fédérale).

[19] En matière civile, plusieurs dispositions fédérales imposent aux cantons d'apprécier librement les preuves relatives à certaines causes, rendant ainsi inapplicables les éventuelles dispositions contraires de la procédure cantonale (Voir notamment art. 158, ch. 4 CC, 289 LP, 86 LCR, 20 LRC, 38 LIE, 343 al. 4 CO).

Il est de jurisprudence constante que les conséquences de telles dispositions sont les mêmes que celles découlant de l'article 249 PPF (RO 84 IV 174 = JdT 1958 IV 158) et qu'elles ont été édictées pour permettre l'application uniforme du droit fédéral sur l'ensemble du territoire de la Confédération. Les moyens de preuve ne doivent pas être limités, notamment par l'exclusion du témoignage de certaines personnes soupçonnées par la loi elle-même de trahir la vérité. Les règles cantonales refusant l'audition de telles personnes sont contraires au principe de l'appréciation libre des preuves.

Schurter, Fritzsche, t. I (*Das Zivilprozessrecht des Bundes*), pp. 506 ss, spéc. n. 718, pp. 508/509. Voyame, pp. 161/162 et les références. Balmer, pp. 373/374 et les références. Guldener, *Beweiswürdigung und Beweislast*, p. 4. Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 18. Egger, *ad* art. 158, ch. 4 CC, p. 207. Jäger, *ad* art. 289 LP, n. 1, *litt.* e, p. 49. Bussy, Rusconi, *ad* art. 86 LCR rem. 2. 1, p. 313 et la jurisprudence citée. RO 77 II 18 = JdT 1951 I 482.

[20] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 29 et les références.

Chapitre II

DROIT FEDERAL ET PROCEDURES CANTONALES

L'obligation de témoigner et de produire des pièces est connue de toutes les lois de procédure civile et pénale. Dans de nombreux cas, ce devoir peut entrer en conflit avec certains intérêts commandant précisément d'éviter le témoignage ou la production de pièces. Ces intérêts sont de trois ordres différents [1] : tout d'abord ceux relatifs au témoin lui-même qui, s'il parle, risque de révéler des faits déshonorants, voire susceptibles de l'exposer, lui ou ses proches, à des poursuites pénales. Ensuite, le respect des relations de parenté ou d'alliance entre les parties et le témoin. Enfin, la conservation des secrets, au sens large du terme.

Très souvent la solution du conflit est prévue par le code de procédure lui-même, sous forme d'exceptions à l'obligation générale de témoigner et de produire. Mais lorsque la loi applicable ne dit rien, le problème n'est pas résolu pour autant, car si l'intérêt opposé à la preuve est protégé par la loi, il faut déterminer laquelle des dispositions doit céder devant l'autre.

On pourrait même concevoir qu'il existe dans chaque cas un conflit entre l'obligation de témoigner ou de produire et la protection de la personnalité des justiciables. Mais cette obligation est un devoir civique amplement justifié par le but des lois de procédure ; l'atteinte à la liberté individuelle que constitue le témoignage est dès lors légitime. Il y a par contre un véritable conflit lorsque la loi ordonne expressément la conservation d'un secret ou lorsque le devoir de discrétion est spécialement protégé.

[1] Guldener, pp. 360-364 et les références. Hauser, *Der Zeugenbeweis*, pp. 129 ss et 161 ss.

Le problème se complique en outre par le fait que ce sont le plus souvent des règles de procédure cantonales qui s'opposent à des dispositions fédérales. Aux termes des articles 64 et 64 bis de la Constitution, la Confédération a le droit de légiférer en matière de droit civil et pénal, alors que « l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé ». Cette compétence cantonale restreint partiellement la portée de la règle de conflit bien connue des Etats fédératifs : *Bundesrecht bricht kantonales Recht* [2]. S'il s'applique en effet lorsque la Confédération édicte une règle de procédure [3], valable pour l'ensemble du territoire, cet adage n'a plus cours lorsqu'une règle cantonale fait obstacle à une disposition fédérale appartenant à un autre domaine du droit. En effet, « tandis que le droit public fédéral prime d'emblée et toujours le droit public cantonal lorsque le législateur a réglé une matière dans ce domaine, le droit public cantonal et le droit privé fédéral se trouvent en principe « sur le même rang » ... ; leurs règles ne s'excluent pas forcément par le seul motif qu'elles se rapportent à la même institution juridique » [4]. Le problème se pose concrètement dans le domaine qui nous intéresse. Le droit fédéral protège en effet les secrets, notamment de profession, par les dispositions du Code civil et en réprime parfois la violation par des dispositions pénales, alors que les normes cantonales de procédure obligent les justiciables à témoigner et à produire les pièces qu'ils détiennent en justice. Notre propos est précisément de déterminer si et dans quelle mesure les règles cantonales demeurent applicables lorsqu'elles sont confrontées à des secrets protégés par le droit fédéral.

En cette matière, la Confédération n'a édicté aucune règle de procédure empiétant de manière directe sur le domaine réservé aux can-

[2] Voir notamment à ce propos la thèse de Max Imboden qui porte ce titre, ainsi que J. F. Aubert, t. 1, nº 637, p. 243 et les références citées sous n. 1.

[3] Et d'une manière générale chaque fois que la Confédération a fait usage d'une compétence exclusive (RO 75 I 48 c. 5 non résumé *in* JdT 1949 I 344 ; RO 81 I 191 c. 7 ; RO 88 I 170 = JdT 1963 I 384 ; RO 97 I 503 c. 3 (non résumé sur ce point *in* JdT 1973 I 124) : « Le droit public fédéral prime toujours et d'emblée le droit public cantonal (...) lorsque dans le domaine du droit public le législateur a fait usage d'une compétence attribuée par la Constitution et qu'il a posé des règles exhaustives, les cantons ne peuvent plus légifèrer en la matière, du moins pas en adoptant des règles différentes. »)

[4] RO 64 I 26 = JdT 1938 I 245.

tons [5], ce qu'elle a fait pour d'autres institutions de procédure [6]. L'obligation de témoigner et de produire relève donc exclusivement des cantons [7]. Aucune disposition fédérale ne dicte l'attitude des justiciables légalement tenus d'observer le silence sur certains faits lorsqu'ils sont requis de témoigner ou de produire par une Cour cantonale [8]. Les dispositions de la procédure fédérale ne sont pas applicables et il faut recourir aux principes généraux pour déterminer si les règles procédurales du canton ne sont pas limitées, dans leur application, par le droit matériel de la Confédération.

Les dispositions du droit fédéral relatives à la protection des secrets de nature privée, notamment ceux qui relèvent de l'exercice de certaines professions, sont nombreuses. Les plus connues sont celles du Code pénal et de quelques autres lois qui répriment la violation des secrets [9]. Les autres découlent directement des articles généraux du Code civil consacrés à la protection de la personnalité.

Le droit pénal appartenant chez nous au droit public, il est tentant d'affirmer qu'il n'est pas de la compétence des cantons d'édicter des dispositions de procédure contraires aux devoirs de discrétion ainsi sanctionnés, ou tout au moins de ne pas les appliquer aux personnes tenues par de tels secrets. Le problème n'est pas aussi simple, car il n'existe pas réellement d'opposition, du point de vue de la compétence législative, entre une règle pénale et une disposition de procédure. La divergence se situe au niveau des buts visés, auquel cas la règle *Bundes-*

[5] En règle générale et bien que l'application du droit matériel soit intimément liée aux modes de preuve, les règles fédérales à ce sujet sont fort peu nombreuses en matière civile (Balmer, p. 364). Il n'en existe aucune relative à l'obligation de témoigner ou de produire des pièces, sinon celle de l'article 963 CO que nous examinerons brièvement dans notre troisième partie (chap. III, § 1, sect. 4).

[6] Voir PPF, art. 247 ss. Guldener, § 7, pp. 56 ss, spéc. pp. 60, 61 et 343. Schurter, Fritzsche, t. I, pp. 475 ss.

[7] Voyame, p. 158 et les références.

[8] On peut d'ailleurs se demander si de telles règles seraient compatibles avec les art. 64 et 64 bis Cst. ainsi que 3 Cst. aux termes desquels les empiètements du droit fédéral ne sont tolérables que si l'intérêt supérieur de l'application du droit matériel l'exige.

Voir notamment : Marcel Bridel, RDS 88 1969 II, p. 982. Voyame, p. 84. Jean Castella, RDS 80 1961 II, p. 440. Balmer, pp. 360/361. Eichenberger, p. 491. Extraits du rapport adressé à la conférence des chefs des départements de justice et police des cantons romands et du Tessin au sujet du projet de loi fédérale sur l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral, RDS 88 1969 II, p. 997.

[9] Voir liste *in* H. U. Walder, p. 352.

recht bricht ne s'applique pas non plus. Bien qu'il s'agisse de deux règles de droit public, il est faux d'affirmer sans autre examen qu'elles sont incompatibles et que la règle cantonale doit céder [10]. La formule employée par le Tribunal fédéral [11] mérite d'être précisée en ce sens que les dispositions cantonales cèdent devant les dispositions fédérales visant le même but. Cela ne signifie toutefois pas que les cantons puissent, par le truchement de leurs procédures, ordonner n'importe quel acte réprimé par le droit pénal fédéral. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il y avait lieu, en cas de conflit avec une loi pénale, d'appliquer par analogie la solution consacrée en droit civil par l'article 6 alinéa 1 CC aux termes duquel les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public [12].

Huber estime en revanche que les conflits entre le droit public cantonal et le droit pénal fédéral sont soumis à la force dérogatoire du droit fédéral [13]. L'article 6 CC ne serait donc pas applicable par analogie. Certes, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le droit public fédéral l'emporte en cas de conflit sur le droit public cantonal [14]. Mais lorsque le but visé est différent, il n'y a pas de conflit ,même si les dispositions paraissent contradictoires. La solution jurisprudentielle nous paraît mieux adaptée aux exigences d'un système fédéraliste. Elle permet en effet de déterminer si les dispositions sont néanmoins compatibles ou si, au contraire, le droit fédéral l'emporte. Prenons un exemple en rapport avec la suite de notre exposé : le Tribunal fédéral a jugé que le droit cantonal pouvait donner à la notion de secret professionnel un sens différent, plus étroit ou plus large, de celui de l'article 321 chiffre 1 CP[15]. En revanche, il n'est pas admissible qu'une règle cantonale, comme l'article 14 alinéa 1 de la loi zurichoise sur le barreau, autorise un avocat à révéler un secret professionnel pour sauvegarder un intérêt qu'il estime supérieur, sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de l'autorité compétente. Dans ce cas en effet, la disposition cantonale va à l'encontre du but de l'article 321 chiffre 2 CP [16]. Elle viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral.

[10] J. F. Aubert, t. 1, nos 661/662, p. 252. Imboden, thèse, pp. 91-93.
[11] RO 64 I 26 = JdT 1938 I 245, précité.
[12] RO 74 I 143 = JdT 1949 IV 18.
[13] Huber, Commentaire *ad* art. 6 CC rem. 53, p. 498.
[14] Voir notamment RO 99 I a (504) 507 = JdT 1974 I (305) 308.
[15] RO 97 I (831) 836 = JdT 1973 I (200) 204.
[16] Guldener, p. 617, texte et n. 35 *litt.* c.

Une disposition de droit public cantonal réglant une question également visée par le droit pénal fédéral n'est donc pas nécessairement contraire à la Constitution. Le principe de l'article 6 CC n'est d'ailleurs pas une règle particulière au droit civil, mais un principe général de notre droit [17], déjà contenu à l'article 3, combiné avec l'article 64 Cst [18]. Rien ne s'oppose dès lors à son application dans le cas qui nous intéresse.

Notre propos n'est pas d'étudier ici en détail toutes les conséquences du principe de l'article 6 CC et nous nous contenterons de les résumer brièvement en référence avec les règles de procédure. Rappelons avant toute chose que, quel que soit le domaine de leur compétence, les cantons ne jouissent pas d'une liberté législative absolue, mais doivent se conformer aux règles de la Constitution qui impliquent notamment le respect de l'ensemble du droit fédéral [19]. C'est particulièrement vrai en matière de procédure où les règles cantonales doivent former un tout cohérent avec le droit matériel et assurer son application.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a parfaitement résumé les principes découlant de l'article 6 CC en ces termes : « Au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les cantons n'excèdent pas leurs compétences s'ils édictent des règles de droit public qui sont motivées par un intérêt public pertinent, dans la mesure où le droit civil fédéral (nous disons : le droit fédéral en général) n'a pas entendu réglementer la matière d'une façon exhaustive, en vue notamment de sauvegarder la liberté individuelle et l'autonomie de la volonté ; ces règles ne doivent d'autre part pas éluder le droit civil fédéral ni en contredire le sens ou l'esprit (RO 91 I 198 ; Grisel, *Des rapports entre le droit civil fédéral et le droit public cantonal*, RDS 1951, p. 293 ss ; Huber, Kommentar *ad* art. 6 rem. 174, 209 ss) » [20]. En principe donc, les cantons ne sont pas, à l'exception de quelques cas [21], limités formellement par le droit fédéral dans leurs compétences en matière de procédure. Une loi fédérale ne saurait en effet restreindre le champ d'action des cantons garanti par les articles 64 et 64 bis Cst. [22]. Les cantons ont même la faculté, dans la

[17] RO 74 I 143 = JdT 1949 IV 18.
[18] J. F. Aubert, t. 1, nº 649, p. 247.
[19] Voyame, pp. 76 ss et les références. Schaad, p. 242.
[20] RO 98 I a 495 c. 3 a.
[21] Voir *supra*, p. 21, n. 5.
[22] RO 95 I 445 = JdT 1970 I 295. Voir aussi Wurzburger, pp. 87/88.

mesure où des motifs pertinents d'ordre public le justifient, de restreindre le champ d'application du droit privé [23].

Mais le droit public cantonal ne saurait rendre le droit fédéral inopérant, ni même en contredire le sens ou l'esprit. Sur ce point la doctrine et la jurisprudence sont unanimes, bien que la terminologie utilisée et la portée du principe varient parfois [24]. Cela signifie notamment, en matière d'obligation de témoigner et de produire, que les lois cantonales doivent respecter les règles fédérales protégeant les secrets et qu'elles ne sont applicables que si un intérêt supérieur commande la révélation. Ainsi en va-t-il, à des degrés divers, des secrets de profession ou d'affaires, protégés par l'article 28 CC, mais également par d'autres dispositions de la loi fédérale [25]. Ces dispositions imposent, comme nous le verrons, aux cantons de prévoir la faculté de refuser de témoigner ou de produire dans leurs lois de procédure pénale et civile [26]. Guldener invoque l'exemple du tuteur à qui un tel droit doit être accordé dans la mesure où son témoignage risquerait de compromettre ses relations avec son pupille [27]. Ce principe est justifié par la nécessité d'éviter des contradictions entre la législation fédérale et les droits cantonaux. La tâche des cantons consiste précisément à préserver cette unité et même à promouvoir l'application du droit fédéral [28]. Cela nous paraît parfaitement réalisable, en l'état actuel des choses, sans recourir à l'unification de la procédure, même limitée aux règles sur la preuve [29].

[23] RO 63 I 167 = JdT 1937 I 614. RO 74 I 144 = JdT 1949 IV 18. RO 96 I 716. J. F. Aubert, t. 1, nº 651, p. 248 et les références.

[24] RO 63 I 173 = JdT 1937 I 615 et les références. RO 64 I 27/28. RO 74 I 144 = JdT 1949 IV 18. RO 96 I 716. RO 98 I a 495. J. F. Aubert, t. 1, nº 654, p. 249. Guldener, p. 64 et RDS 80 1961 II, p. 51. Voyame, p. 70. Noll, *Festgabe*, p. 136. H. U. Walder, p. 357.

[25] Guldener, RDS 80 1961 II, p. 51.

[26] Pfenninger, p. 235. Guldener, RDS 80 1961 II, p. 51.

[27] Guldener, p. 361, n. 25.

[28] Guldener, RDS 80 1961 II, pp. 49 ss. Bühler, p. 323 a. Voyame, p. 70.

[29] Castella, RDS 80 1961 II, p. 440. Hinderling, RDS 80 1961 II pp. 434, ch. 2 et 435/436, ch. 5. Voyame, pp. 180/181. *Contra :* Guldener, RDS 80 1961 II, p. 49. Graven, RDS 80 1961 II, pp. 414 ss.

Deuxième partie

Droit fédéral

Chapitre I

LE SECRET PROFESSIONNEL

§ 1 Introduction

Comme le note Georges Werner dans sa thèse [1], l'exercice de toutes les professions, de tous les métiers, implique l'existence d'un rapport de confiance entre ceux qui les exercent et leurs clients. Un tel rapport n'est pas concevable si celui qui s'adresse à l'homme du métier ne peut compter sur une certaine discrétion de sa part.

Dès l'Antiquité, un devoir tout particulier est attaché à l'exercice de quelques professions, notamment la médecine ou, d'une manière plus générale, l'art de guérir [2]. Dans l'esprit de chacun, cette obligation constitue le *secret professionnel,* sans toutefois que cette notion soit véritablement définie et sans que la question se pose d'en connaître les limites. Certains professionnels y sont astreints traditionnellement, alors que nul ne songerait à y soumettre d'autres personnes qui, par leur profession, ont la faculté d'accéder aux « secrets » de leurs clients [3]. Pourquoi le médecin qui soigne les maladies ou l'avocat qui défend les intérêts, voire la liberté, de ses clients, doivent-ils respecter le secret professionnel, alors que le perruquier qui remédie aux défauts physiques ou l'expert-comptable, appelé pour tirer au clair une situation embrouillée, ne sont pas soumis à ce devoir de discrétion très particulier ?

Notre but n'est pas ici de développer les principes généraux régissant le secret professionnel. Il nous suffit d'en retenir les éléments essentiels, avant de vouer notre attention aux solutions du droit fédéral en la matière.

[1] Werner, p. 44.
[2] Heim, thèse, pp. 11 ss.
[3] Wuilleumier, p. 100.

L'existence de cette obligation étendue de discrétion dépend de deux éléments : un rapport de confidence entre le praticien et la personne qui recourt à ses services [4] et le caractère obligé de la relation professionnelle. A cela correspondent les deux intérêts qui justifient le devoir de discrétion étendu imposé aux *confidents nécessaires*. Celui tout d'abord de la personne qui se confie dans le seul but de permettre à l'homme de l'art de remplir son mandat et qui attend de celui-ci qu'il ne divulgue pas à d'autres ce qui lui a été confié ; celui ensuite de la collectivité qui exige que personne ne renonce aux services de certaines professions par crainte des indiscrétions [5].

Avant même que les Etats n'édictent des dispositions réprimant pénalement la violation du secret professionnel, les règles déontologiques en usage dans les professions concernées réprimaient les divulgations indues [6]. Seule la dimension sociale du devoir de discrétion justifie de telles règles ; s'il ne s'agissait pas de protéger des confidences doublement nécessaires, la simple menace pour le professionnel indiscret de perdre sa clientèle suffirait à le dissuader de révéler indûment les confidences qu'on lui a faites. Dans la majorité des professions, la garantie d'une certaine réserve professionnelle est constituée par la liberté de chacun de renoncer, sans inconvénient majeur, aux services de l'indiscret [7]. A cela s'ajoute la faculté pour le lésé d'ouvrir, le cas échéant, une action en responsabilité pour atteinte à ses intérêts personnels. Les règles du droit civil protégeant la personnalité garantissent en effet l'intérêt des particuliers à la conservation du secret professionnel et de la vie privée en général [8]. Malgré cela, les confidents nécessaires eux-

[4] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, p. 20.

[5] Werner, p. 47. Heim, JdT 1952 IV 104.

[6] Heim, thèse, pp. 11 ss.

[7] Werner, p. 48.

[8] Art. 28 CC et 49 CO. Voir Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP n. 1, p. 777. Comtesse, RPS 56 1942, pp. 257 ss. Egger, *ad* art. 28 CC n. 3, nº 43, p. 251 ; RO 44 II 322 (p. 326 : « Le médecin est par excellence un confident nécessaire ; il est lié par le secret professionnel en ce qui concerne les faits qui ne lui sont confiés qu'à raison de sa profession. En principe, le médecin n'a pas le droit de dresser et de délivrer à un tiers, sans le consentement formel de son client, un certificat attestant les constatations qu'il n'a faites et les confidences qu'il n'a reçues qu'à raison de l'exercice de sa profession. Si donc un médecin remet à un tiers, en dehors et à l'insu du malade, un pareil certificat, il trahit la confiance de son client et il engage sa responsabilité. »).

Nous examinons ce problème plus en détail dans notre chapitre consacré aux autres devoirs de discrétion (chap. III *infra*).

mêmes comptent généralement parmi les plus chauds partisans de la répression des révélations indues [9].

Peu à peu, le secret professionnel est entré dans le droit positif, sous la forme de dispositions pénales réprimant sa violation. La plupart des législations modernes [10] ont aujourd'hui sanctionné le respect de cette obligation. Certains auteurs n'hésitent pas à affirmer l'importance primordiale de l'intérêt public comme fondement des dispositions pénales bien que, dans la majorité des cas, le délit de violation du secret professionnel ne se poursuive que sur plainte et qu'en outre, dans la conception germanique de l'institution, l'intéressé puisse valablement consentir à la révélation de tout fait couvert par le secret. Le droit pénal protège, dit-on, le secret médical dans l'intérêt de la santé publique, autrement dit dans l'intérêt public [11].

La poursuite sur plainte ne démontre pas la prépondérance de l'intérêt privé et n'exclut nullement le concours des deux intérêts [12]. L'importance de l'intérêt public se révélera en particulier en cas de conflit entre le devoir de discrétion et d'autres obligations incompatibles, notamment celle de témoigner et de produire des pièces en justice.

Les règles imposant l'observation du secret professionnel ainsi que les professions concernées varient notablement d'un pays à l'autre, mais on distingue traditionnellement les adeptes des deux théories française et allemande qui se différencient par le caractère absolu ou relatif conféré au devoir de discrétion des confidents nécessaires. En France en effet, le secret professionnel est considéré comme absolu et toute obligation contraire doit céder en cas de conflit. Un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix, rendu le 19 mars 1902 affirmait que le secret professionnel est « une règle d'ordre public qui n'admet aucune restriction et ne cède devant aucune considération ; elle prime l'obligation où est le témoin cité en justice, de dire tout ce qu'il sait sur le fait que son témoignage a pour objet d'éclaircir. Dans ce conflit entre deux devoirs, c'est l'inviolabilité du secret professionnel qui l'emporte. Cité comme témoin, le médecin est obligé de se taire, alors même que la partie intéressée l'invite à parler » [13].

[9] Travaux préparatoires du code pénal, PV de la 2e comm. d'exp., t. IV, p. 368.

[10] A l'exception toutefois des législations anglo-saxonnes.

[11] Heim, JdT 1952 IV 104. *Contra* : Schaffner, p. 27.

[12] RO 87 IV (105) 108 = JdT 1962 IV (2) 5.

[13] Dalloz, recueil périodique et critique de jurisprudence, 1903, 2e partie, p. 452.

Cette position intransigeante de la jurisprudence française a toutefois été battue en brèche par une partie de la doctrine et quelques tribunaux [14].

Pourtant la jurisprudence française récente n'a nullement progressé dans cette voie et considère toujours que l'obligation du secret professionnel, générale et absolue, s'impose comme un devoir d'état et qu'il n'appartient à personne d'en affranchir celui qui y est soumis [15]. Cette opinion reçoit encore l'approbation de la doctrine qui réaffirme que, conformément à l'article 378 du Code pénal français [16], seule la loi peut valablement délier le détenteur de son secret et, le cas échéant, l'obliger à faire des révélations [17].

Au contraire, selon la conception allemande, on tolère de larges atteintes au principe de la conservation des secrets [18]. Le paragraphe 203 du Code pénal allemand [19] ne punit que la révélation indue du secret

[14] Graven, p. 142.

[15] Arrêt de la Cour de cassation du 22.12.1966, JCP, La semaine juridique, 1967 IV p. 16. Voir également : Merle, Vitu, t. II, nº 937, pp. 155-157. Dérobert, chap. 7, pp. 251 et ss.

[16] Art. 378 CPF : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 500 F à 3 000 F.

Toutefois les personnes ci-dessus énumérées, sans être tenues de dénoncer les avortements jugés par elles criminels dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent ; citées en justice pour une affaire d'avortement, elles demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice sans s'exposer à aucune peine.

Les mêmes personnes n'encourent pas les peines prévues à l'alinéa premier lorsqu'elles informent les autorités médicales ou administratives chargées des actions sanitaires et sociales des sévices ou privations sur la personne de mineurs de quinze ans et dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession ; citées en justice pour une affaire de sévices ou privations sur la personne de ces mineurs, elles sont libres de fournir leur témoignage sans s'exposer à aucune peine. »

[17] Ryckmans, Meert - Van de Put, pp. 110 ss. Dérobert, pp. 154 et ss. Voir cependant Vouin, t. I, p. 280, qui admet que le consentement ou l'intérêt de celui qui se confie excluent parfois l'application de l'article 378 CPF.

[18] Blass, thèse, p. 133.

[19] § 203 *StGB* :

1 *Verletzung von Privatgeheimnissen.* (1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als

1. Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker oder Angehörigen eines anderen Heilgerufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert,

professionnel. Le consentement de celui qui s'est confié ou, le cas échéant, de l'intéressé au secret, supprime le caractère délictuel de la révélation. De même, la révélation est autorisée si elle est faite soit en raison d'une obligation légale concurrente, soit pour protéger un intérêt supérieur.

2. Berufspsychologen mit staatlich anerkannter wissenschaftlicher Abschlussprüfung,
3. Rechtsanwalt, Patentanwalt, Notar, Verteidiger in einem gesetzlich geordneten Verfahren, Wirtschaftsprüfer, vereidigtem Buchprüfer, Steuerberater, Steuerbevollmächtigten oder Organ oder Mitglied eines Organs einer Wirtschaftsprüfungs-, Buchprüfungs- oder Steuerberatungsgesellschaft,
4. Ehe-, Erziehungs- oder Jugendberater sowie Berater für Suchtfragen in einer Beratungsstelle, die von einer Behörde oder Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts anerkannt ist,
4a. Mitglied oder Beauftragten einer ermächtigten Beratungsstelle nach § 218 c,
5. staatlich anerkanntem Sozialarbeiter oder staatlich anerkanntem Sozialpädagogen oder
6. Angehörigen eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen Verrechnungsstelle

anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als

1. Amtsträger,
2. für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten,
3. Person, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnimmt,
4. Mitglied eines für ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes tätigen Untersuchungsausschusses, sonstigen Ausschusses oder Rates, das nicht selbst Mitglied des Gesetzgebungsorgans ist, oder als Hilfskraft eines solchen Ausschusses oder Rates oder
5. öffentlich bestelltem Sachverständigen, der auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet worden ist,

anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist. Einem Geheimnis im Sinne des Satzes 1 stehen Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse eines anderen gleich, die für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfasst worden sind; Satz 1 ist jedoch nicht anzuwenden, soweit solche Einzelangaben anderen Behörden oder sonstigen Stellen für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bekanntgegeben werden und das Gesetz dies nicht untersagt.

(3) Den in Absatz 1 Genannten stehen ihre berufsmässig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind. Den in Absatz 1 und den in Satz 1 Genannten steht nach dem Tode des zur Wahrung des Geheimnisses Verpflichteten ferner gleich, wer das Geheimnis von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlass erlangt hat.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind auch anzuwenden, wenn der Täter das fremde Geheimnis nach dem Tode des Betroffenen unbefugt offenbart.

(5) Handelt der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.

Ainsi en matière de témoignage et de production de pièces, les professionnels allemands, qui ont pourtant la faculté aux termes des lois de procédure de refuser leur déposition, sont libres de parler dans la mesure où la recherche de la vérité en dépend. En cas de consentement de l'intéressé, le droit de refuser de témoigner n'existe plus [20].

Dans notre pays, les premiers avant-projets d'unification du droit pénal contenaient déjà une disposition réprimant la violation du secret professionnel. Après de nombreuses transformations [21], cette disposition est finalement devenue l'article 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937.

Le législateur fédéral a limité la portée du secret professionnel en admettant qu'une révélation soit faite impunément avec le consentement de l'intéressé ou, complément inédit jusque-là, l'autorisation de l'autorité supérieure ou de surveillance. Il a également prévu les conflits entre le devoir de discrétion et une obligation de renseigner une autorité administrative ou judiciaire. Mais nous verrons que la liberté apparemment laissée aux législations fédérale et cantonale de ne pas tenir compte du secret professionnel est restreinte et que la conception fédérale du secret n'est pas aussi germanique qu'il y paraît au premier abord.

Il faut remarquer aussi que notre législateur n'a pas imposé le secret professionnel à tous les confidents nécessaires, mais a énuméré limitativement les personnes visées par la disposition pénale. Cette liste n'est pas nécessairement définitive ni même, nous le verrons, adaptée à la situation actuelle de certaines professions.

Dans la suite de notre exposé, nous parlerons de confidents *qualifiés* pour désigner les personnes visées à l'article 321 CP, pour les distinguer des banquiers et des confidents *ordinaires*.

§ 2. L'article 321 du Code pénal

Seront punis aux termes de cette disposition les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du Code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un

[20] Schönke, Schröder, *ad* § 203 *StGB*, n. 22, pp. 1242/1243.

[21] Voir à ce propos : Heim, thèse, pp. 39-43 (Les travaux préparatoires).

secret à eux confiés en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci. La diversité des professions astreintes au secret professionnel ne permettait pas au législateur de définir dans le texte même de l'article la notion de secret. Ce rôle est en conséquence celui de la doctrine et de la jurisprudence.

La première difficulté qu'on rencontre en parlant du secret professionnel vient de l'ambiguïté du terme lui-même, un secret désignant soit l'obligation de discrétion, soit l'objet de cette obligation. Pour éviter toute confusion nous n'emploierons l'expression « secret professionnel » que pour désigner le devoir de confidents qualifiés, réservant le terme « secret » à l'objet de ce devoir[1]. Nous ne prétendons pas donner ici une définition exhaustive du secret en droit suisse, entreprise très périlleuse[2], mais nous tenterons de dégager les éléments communs aux divers faits et informations pouvant être l'objet du secret professionnel.

Dans le langage courant, un secret est un « ensemble de connaissances, d'informations qui doivent être réservées à quelques-uns et, par suite, que le détenteur ne doit pas révéler »[3]. Deux éléments, l'un objectif, l'autre subjectif, ressortent de cette définition. Le premier consiste dans l'exclusivité de la connaissance ; l'autre est la volonté du ou des maîtres du secret d'en rester seuls détenteurs, soit d'en interdire la divulgation. L'existence d'un tel secret ne donne pas *ipso facto* à l'intéressé un droit à la protection de son secret. Pour cela, d'autres conditions doivent encore être remplies[4].

Le secret professionnel, au contraire des autres devoirs de discrétion, dépend avant tout de la profession du détenteur du secret, et non du secret lui-même. Ainsi nous verrons que le devoir de discrétion des confidents qualifiés s'applique également à des renseignements qui n'ont pas le caractère de véritables secrets.

[1] Nous ne faisons que reprendre la distinction du législateur fédéral lui-même ; le terme de secret professionnel n'apparaît en effet que dans la note marginale de l'article 321 CP, ce qui indique bien qu'il désigne le devoir de discrétion et non son objet.

[2] Comtesse, RPS 56 1942, p. 257.

[3] Paul Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, édition 1964, t. 6, p. 372.

[4] Voir *infra*, chap. III, pp. 113/114.

Section 1 *L'objet du secret professionnel*

Le confident ne doit pas taire uniquement les faits qui lui ont été expressément confiés sous le sceau du secret. La volonté de celui qui se confie ne joue pas de rôle et le professionnel n'a pas à s'en soucier dans la mesure où il a reçu des confidences en vertu de sa profession. La principale difficulté est de tracer la limite entre les faits confiés ou appris que le professionnel peut révéler sans violer son devoir de discrétion et ceux qu'il doit taire. Cette limite dépend de l'interprétation plus ou moins extensive qu'on donne aux expressions « en vertu de leur profession » et « dans l'exercice de celle-ci ». Il s'agit d'une question de fait, parfois très difficile à résoudre [1].

Dès 1949, le Tribunal fédéral s'est attaché à une conception très extensive [2]. On entend par secret, au sens de l'article 321 CP, « tout ce que le malade confie au médecin pour lui permettre d'accomplir son mandat ou encore tout ce que le médecin apprend dans l'exercice de sa profession. ... Lorsque celui-ci (le malade) demande le secours d'un médecin, il le fait dans l'idée que l'homme de l'art gardera le silence sur les faits qui lui auront été confiés ou qu'il aura appris » [3]. Plus récemment [4], les juges de Mon Repos ont confirmé en substance que « l'obligation de garder le secret, fondement des relations de confiance entre client et avocat, s'étend non seulement aux *secrets proprement dit* [5], mais également *à tout ce que l'avocat apprend dans l'exercice de son mandat* [5], donc également au comportement du client vis-à-vis de l'avocat ».

Aucune des décisions citées ne fait allusion à la nécessité d'un intérêt digne de protection. Au début de ce siècle pourtant, Moll [6] affirmait qu'il ne pouvait y avoir violation du secret professionnel qu'en cas de dommage causé par la divulgation. Cette conception restrictive était en contradiction avec la conception française du secret professionnel

[1] Hafter, BT, t. 2, p. 852, n. II, 1.
[2] RO 75 IV 71 = JdT 1949 IV 92.
[3] JdT 1949 IV 94.
[4] RO 97 I (831) 838 = JdT 1973 I (200) 205.
[5] C'est nous qui soulignons.
[6] *Aerztliche Ethik*, 1902, p. 94, cité par Lohsing, p. 79.

adoptée par les codes pénaux de différents cantons. Le code pénal genevois en particulier [7] punissait la divulgation des faits confiés en raison de l'état ou de la profession sans qu'un dommage ait été nécessairement causé. Appelé à se prononcer sur une action en responsabilité pour violation du secret médical, le Tribunal fédéral avait déjà esquissé sa conception actuelle de l'objet du devoir de discrétion. Il affirmait en substance que le secret professionnel, punissable à l'époque selon les lois cantonales, comprenait « les constatations que le médecin n'a faites et les confidences qu'il n'a reçues qu'à raison de l'exercice de sa profession. ... L'acte illicite est consommé dès que la révélation a été faite ; il tombe sous le coup de l'article 28 CCS, indépendamment de toute intention spéciale de nuire et de toute preuve de l'existence d'un préjudice » [8].

Avec la majorité des auteurs, nous pensons qu'il convient d'interpréter de manière extensive les « secrets confiés en vertu de la profession » du confident [9] tout au moins en ce qui concerne les professionnels dont le champ d'activité est très étendu, comme c'est le cas des ecclésiastiques, des médecins et des avocats. Cela non seulement pour des raisons de commodité et de confiance dans les relations avec ces personnes [10], mais parce qu'il est très souvent difficile de distinguer l'homme du praticien, tant leur profession se confond avec leur personnalité propre dans l'esprit de certains. Lorsqu'ils conversent avec leur médecin ou leur avocat, en dehors de tout contexte professionnel, beaucoup s'imaginent que tout ce qu'ils disent tombe sous le coup du secret professionnel, au même titre que ce qu'ils confient dans le cabinet ou dans l'étude de leur interlocuteur. Ont-ils raison ?

Un lien de causalité entre la profession et la confidence est nécessaire, mais il est parfois réduit au strict minimum [11]. Un rapport contractuel ou précontractuel entre le confident et l'intéressé n'est pas une condition préalable au secret professionnel, mais inversément, dans le cadre d'un mandat par exemple, certaines confidences faites au mandataire échappent au secret professionnel, si elles n'ont aucun rapport avec

[7] Art. 378. Voir Décision de la Cour de justice civile, audience du 19.3.1900, SJ 1900, p. 429.

[8] RO 44 II (322) 326.

[9] Voir notamment Lohsing, p. 80. Naville, p. 91.

[10] Schaffner, p. 16.

[11] Heim (thèse, pp. 52/53) est plus restrictif à cet égard.

l'exécution du mandat. Certains commentateurs [12] nient le caractère secret, au sens de l'article 321 CP, des faits confiés au professionnel en qualité d'ami ou de simple particulier. Selon nous, les confidences n'échappent au devoir de discrétion que si les circonstances montrent à l'évidence que l'intéressé n'a pas été, fût-ce inconsciemment, amené à faire ses déclarations, ou à les faire de telle manière, en raison de la profession de son interlocuteur. Nous retrouvons là un élément dont nous avons dit [13] qu'il ne fallait pas tenir compte dans l'appréciation du secret professionnel : la volonté de celui qui se confie.

Le fait de s'adresser à un confident qualifié détermine l'application des règles du secret professionnel. Il existe toutefois un risque d'étendre le devoir de discrétion à des confidences qui n'ont aucun rapport avec la profession du confident. Mais la question ne se pose pratiquement que lorsque les parties ne sont pas liées par un contrat ; dans le cas contraire, le caractère secret des confidences est fonction de la mission confiée à l'homme de l'art.

Il est très délicat de poser un critère sûr pour déterminer de manière générale si un fait est ou non l'objet du secret professionnel. La tâche du juge est d'autant plus difficile qu'il ne connaît en principe pas le secret. C'est le cas lorsqu'aucune violation n'a été commise et qu'il doit décider si le témoin qui refuse de déposer est tenu par le secret professionnel.

En ce qui concerne les confidences, le critère réside dans la volonté de celui qui se confie. Non pas, nous l'avons dit, dans sa volonté de conserver le secret, mais dans l'intention qui le pousse à faire certaines révélations. S'il s'adresse à un confident qualifié en raison de ses compétences professionnelles, tout ce qu'il dit est couvert par le secret. Si en revanche son intention est uniquement d'utiliser à des fins détournées le devoir de discrétion de son interlocuteur, le secret n'existe plus [14]. Tel serait par exemple le cas d'une chose volée et confiée à un médecin, dans le seul but de la mettre en lieu sûr. Indépendamment de la responsabilité pénale éventuelle du praticien, le voleur commettrait une sorte d'abus de droit en exigeant le maintien du secret. Il en irait autrement

[12] Sieben, pp. 67/68 ainsi que, dans une moindre mesure, Thorman, von Overbeck, t. II *ad* art. 321 CP, n. II, p. 469.

[13] *Supra*, p. 34.

[14] Voir Arrêt du 23.6.1958 de la Cour de cassation belge, *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1958, p. 597. Merle, Vitu, t. II, p. 157.

si un patient confiait à son médecin traitant qu'il est l'auteur d'un délit. Mais où commence l'abus ? Seul le confident, à l'exception de tout autre, et même du juge, est en mesure de décider. Il faut donc s'en remettre, en cas de doute, à son appréciation.

Le secret professionnel ne s'étend pas uniquement aux confidences. Il comprend tout ce que le confident qualifié a « appris, surpris, connu, deviné du client » [15]. L'intention de l'intéressé n'est plus un critère valable, car il arrive que le confident apprenne un secret à l'insu du mandant. Même si tel n'est pas le cas, le professionnel a souvent l'occasion d'en apprendre plus sur son client que celui-ci ne voudrait lui confier. Lorsqu'une personne réclame le secours d'un médecin par exemple, elle le fait, dit le Tribunal fédéral [16], dans l'idée que l'homme de l'art gardera le silence non seulement sur les faits qui lui auront été confiés, mais aussi sur ceux qu'il aura appris. Ce n'est qu'en interprétant de cette façon la notion de secret que l'on est assuré que le malade s'exprimera librement, comme l'exige une bonne exécution du mandat. Il ne faut en effet pas que le patient renonce à confier certains faits le concernant lui ou sa famille, par crainte que le médecin ne découvre, par ses connaissances ou par simple déduction, d'autres éléments qui ne seraient pas couverts par le secret. Dans sa jurisprudence la plus récente [17], le Tribunal fédéral a précisé que l'obligation de discrétion s'étendait non seulement aux secrets proprement dits, mais également à tout ce que le professionnel, en l'espèce un avocat, apprend [18] dans l'exercice de son mandat, donc également au comportement du client vis-à-vis de lui. Le mode de connaissance [19] ainsi que la nature des faits appris [20] n'ont aucune influence sur l'existence du devoir de discrétion.

Le secret professionnel couvre aussi les renseignements concernant des tiers qui, par définition, n'ont aucune intention de s'adresser au confident qualifié. Le seul critère permettant de déterminer l'objet du secret est le rapport nécessaire entre la connaissance et l'exercice de la profession. Ce rapport existe chaque fois que le médecin, l'avocat, le prêtre, ..., mettent en œuvre leurs compétences professionnelles. Il varie d'une profession à l'autre et doit être examiné de cas en cas.

15 Louis Pimienta, *Le secret professionnel de l'avocat*, Paris 1937.
16 RO 75 IV (71) 74 = JdT 1949 IV (92) 94.
17 RO 97 I (831) 838 = JdT 1973 I (200) 205.
18 *wahrnimmt und erfährt.*
19 Voir Lohsing, p. 81.
20 *Contra* : Graven, p. 143.

A première vue, le critère de la mise en œuvre des compétences professionnelles paraît très vague et de peu d'utilité. Un exemple simple permet toutefois d'en démontrer l'importance. Si une personne non versée dans l'art médical affirme que tel et tel ne lui paraît pas jouir de toutes ses facultés mentales, ses déclarations ont évidemment moins de poids que si elles émanent d'un médecin spécialiste en psychiatrie, même si celui-ci n'a jamais été consulté par l'intéressé et ne le connaît qu'en qualité de voisin ou d'ami. En portant un tel jugement, le médecin exerce en réalité sa profession et doit respecter le secret professionnel. En revanche, le même médecin qui, au cours d'une consultation, apprend ou surprend un événement sans rapport avec son patient ni son art, n'est pas tenu par le secret.

En conclusion, on peut affirmer que la notion d'exercice de la profession retenue par le législateur est à la fois très étendue et quelque peu restrictive. Elle dépend surtout de la mise en œuvre des compétences techniques propres à chaque profession. En revanche, elle ne recouvre pas l'ensemble des constatations faites par le confident dans la pratique de son métier. Cela étant, il nous paraît regrettable que le législateur ait qualifié de « secret » l'objet du devoir de discrétion qui comprend parfois des faits qui n'ont pas un caractère secret. Il arrive en effet que l'intéressé n'ait nullement la volonté de garder le secret ou même que les faits soient de notoriété publique. L'existence d'un secret professionnel n'est pas exclue pour autant [21].

Section 2 *Les professions soumises au secret professionnel*

Traditionnellement, le secret professionnel est le devoir commun des confidents qualifiés et c'est dans cet esprit que le législateur fédéral a voulu réprimer sa violation [1]. Après de nombreuses hésitations, il a renoncé à la méthode française qui désigne par une formule générale les professions soumises au secret professionnel. L'article 321 CP contient une liste exhaustive des confidents qualifiés. La nécessité d'une limi-

[21] A propos des faits notoires, voir Schaffner, p. 17. *Contra*: RO 75 IV 74 = JdT 1949 IV 95.

[1] Zürcher, AP 1908, pp. 325 ss. Logoz, t. II *ad* art. 321 CP, n. 1, p. 777. RO 44 II (322) 326 c. 1.

tation des personnes soumises au secret professionnel est apparue très tôt [2]. L'avant-projet de 1908 énumérait déjà les confidents qualifiés [3]. Lors des délibérations parlementaires, le Conseil des Etats proposa de réintroduire une formule générale, contrairement aux vœux du Conseil national [4]. Actuellement, le caractère strictement limitatif de la liste des professions figurant à l'article 321 CP n'est plus contesté par aucun auteur ni par la jurisprudence [5]. Cela ne veut toutefois pas dire qu'une telle liste soit immuable. Il est probable, sinon souhaitable, qu'on y introduise à l'avenir d'autres professions impliquant des confidences nécessaires.

Deux auteurs en particulier se sont attachés à l'étude détaillée des professions énumérées à l'article 321 CP [6]. Nous pourrons le plus souvent renvoyer le lecteur à leurs travaux.

Nous emprunterons la classification de Logoz, rapporteur français de la commission du Conseil national, qui s'exprimait en ces termes [7] : « L'article 285 de notre projet s'applique à trois catégories de personnes : tout d'abord les ecclésiastiques ; puis ceux qui pratiquent l'art de guérir ; enfin, en troisième lieu, ceux qui représentent d'autres personnes en justice, les avocats avant tout, mais aussi les notaires ». Pour chaque profession, nous examinerons surtout ce qu'il faut entendre pas son « exercice » au sens de l'article 321 CP.

A. *Les ecclésiastiques*

Il est difficile de délimiter le cercle des personnes qui entrent dans la catégorie des ecclésiastiques. Et cela pour deux raisons. La première tient au fait que l'état ecclésiastique n'est pas défini, souvent même à l'intérieur de la communauté religieuse. La seconde résulte de la diversité de l'organisation ecclésiastique dans les cantons, la plupart d'entre eux ayant une ou plusieurs religions officielles ou reconnues par

[2] Werner, p. 178.

[3] Art. 192 (voir Logoz, t. II *ad* art. 321 CP, n. 3, p. 778).

[4] Heim, thèse, p. 42 et les références. Voir aussi Bull. sten. CE 1931, p. 673 (Baumann).

[5] Heim, thèse, p. 57. RO 83 IV (194) 197 = JdT 1958 IV (21) 23 et la doctrine citée.

[6] Blass, thèse, chap. 2, pp. 33 ss. Sieben, § 2, pp. 46 ss.

[7] Bull. sten. CN 1929, p. 614.

l'Etat [8]. Pendant les travaux préparatoires du Code pénal, d'aucuns proposèrent de retenir exclusivement les ecclésiastiques appartenant à une Eglise d'Etat ou reconnue par lui [9]. La commission refusa cette proposition pour le motif que la Confédération considère toutes les religions sans discrimination mais n'en reconnaît aucune comme religion d'Etat. La Constitution fédérale ne lui confère aucune compétence en matière d'organisation ecclésiastique [10]. Certains auteurs estiment pourtant que seuls les prêtres, au sens large du terme, des Eglises officielles ou reconnues par les cantons sont soumis à l'article 321 CP [11]. Cette limitation se justifie d'autant moins qu'elle aurait pour conséquence une différence de traitement entre les membres d'une même communauté religieuse, selon le canton où ils se trouvent. Cette distinction présente cependant l'avantage de déterminer aisément qui, parmi les ecclésiastiques, est soumis au secret professionnel. Il convient de trouver d'autres critères.

A cet égard, l'opinion de Sieben [12] nous paraît intéressante. Constatant qu'il est très difficile de déterminer la fonction ecclésiastique à la lumière du seul Code pénal, cet auteur fait appel à l'article 75 de la Constitution fédérale qui déclare éligible comme membre du Conseil national tout citoyen suisse *laïque* ayant droit de voter. Cette disposition exclut donc, *a contrario,* l'éligibilité des ecclésiastiques et rien ne permet de penser qu'il ne s'agit pas des mêmes personnes que celles visées par le Code pénal. Les commentateurs du droit public et constitutionnel [13] désignent l'ecclésiastique, au sens de l'article 75 Cst., comme celui qui à l'intérieur d'une communauté religieuse quelconque occupe une place distincte de celle des autres fidèles par une activité spirituelle particulière, dont sont exclus les autres membres de la communauté. Ainsi, les adeptes de certaines sectes [14], qui officient à tour de rôle ne sont pas des ecclésiastiques, s'ils n'ont pas de compétences particulières.

[8] Gardaz, p. 23.

[9] Travaux préparatoires du Code pénal, PV 2e Comm. d'exp., t. V, p. 89 (Huber).

[10] Gardaz, p. 23.

[11] Thorman, von Overbeck, t. II *ad* art. 321 CP, n. 4, p. 469. Sträuli, Hauser, *ad* § 187 ZPO, n. III, p. 309. *Contra* : Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 3 b, p. 779. Hafter, BT t. 2, p. 853. Sieben, p. 50.

[12] Sieben, p. 49.

[13] Burckhardt, t. II, no 595, p. 476.

[14] Notamment les Quakers et les Darbystes. La question est controversée. Voir Hauser, *Der Zeugenbeweis*, pp. 208/209 et les références.

Hauser estime qu'une formation théologique supérieure est indispensable [15]. Nous pensons que la formation requise par la communauté est suffisante. Il faut en effet tenir compte des intérêts de celui qui se confie et dont la situation est la même, quelle que soit son appartenance religieuse. Le confident doit toutefois avoir une fonction distincte, reconnue comme telle par la secte et que chacun ne peut remplir à son gré et sans condition.

Les ecclésiastiques ne remplissent souvent pas tous le même rôle et ne sont pas nécessairement prêtres ; ils doivent néanmoins respecter le secret professionnel. A l'intérieur de l'Eglise concernée, le statut de l'ecclésiastique est déterminé selon les règles propres de la communauté, qui désignent les personnes chargées d'une mission spirituelle particulière. Ainsi, l'état ecclésiastique procède, dans la religion catholique, de l'ordination et dans la religion protestante, de la consécration.

Ces critères sont en particulier retenus par la jurisprudence d'application de l'article 13 chiffre 2 de la loi fédérale sur l'organisation militaire qui dispense les *ecclésiastiques* du service personnel [16]. Exercent donc un ministère ecclésiatique ceux qui, selon les règles de la communauté concernée, ont été formés et fonctionnent habituellement en qualité de confesseurs ou de confidents.

Il est essentiel de bien distinguer les simples membres laïques d'une communauté, même très actifs au sein de celle-ci, des clercs chargés d'une mission spirituelle dont les laïques sont exclus. La loi protège avant tout le secret de la confession catholique [17] ou des confidences faites à un pasteur ou à un rabbin, ou même à un prédicateur d'une secte religieuse [18], sans égard au fait que sa communauté soit ou non reconnue par l'Etat. Il n'est pas nécessaire que l'ecclésiastique exerce une activité à plein temps, ni qu'il soit rémunéré.

L'exercice d'un ministère implique des interventions de toutes natures. Les ecclésiastiques sont des confidents par excellence et ils pénè-

[15] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 209.

[16] RS 510.10. Voir J. F. Aubert, t. 2, n° 1265, p. 465 et les décisions du Cons. féd. et du DFJP citées.

[17] Le droit positif des cantons et de la Confédération n'est nullement tenu de respecter l'obligation absolue de discrétion imposée aux confesseurs de la religion catholique romaine par le canon 7157, § 3, ch. 2 CJC. (Voir Guldener, p. 363, n. 33.)
Dans le même sens : Décision du Tribunal supérieur de Zurich du 7.12.1953, *BlZR* 53 1954, n° 52, p. 124. *Contra :* Pfenninger, p. 233.

[18] Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 3 a, p. 779.

trent parfois très profondément dans la vie privée d'autrui. Il est dès lors délicat de préciser en quoi consiste l'exercice de leur profession et surtout de distinguer dans les confidences qu'ils reçoivent celles qui échappent à leur devoir de discrétion. Seule une interprétation extensive du secret professionnel nous paraît, en ce qui les concerne, conforme au but visé par l'article 321 CP.

B. *Les professions médicales*

1. Les médecins

Lorsqu'on évoque le secret professionnel, la première idée qui vient généralement à l'esprit du profane est celle du secret médical ; c'est également le devoir de discrétion le plus ancien dont l'origine se confond pratiquement avec celle de l'art de guérir [19]. Il est constant cependant que toutes les formes de cet art ne sont pas soumises indifféremment au secret professionnel. L'article 321 CP ne mentionne que les médecins, dentistes, pharmaciens et sages-femmes. *A contrario,* les guérisseurs, rebouteux et toutes les personnes faisant appel à des méthodes pseudo-scientifiques ou non scientifiques pour soigner les maladies, ne sont pas soumis à l'article 321 CP [20]. L'exclusion du vétérinaire des professions soumises au secret professionnel ne saurait être mise en doute puisque la question a été abordée dans le cadre des travaux préparatoires du Code pénal [21].

Sont soumis au secret professionnel les médecins détenteurs d'un certificat ou d'un diplôme attestant qu'ils ont subi avec succès un examen de capacité [22]. Peu importe que le diplôme émane d'une université

[19] Heim, thèse, pp. 11 ss.

[20] Heim, thèse, p. 57. Sieben, p. 56 et les références. Nous verrons cependant que dans certains cas, la question de l'application de l'article 321 CP à des non-médecins peut se poser.

[21] Bull. sten. CN 1935, pp. 752 ss, 758 et 775. Hafter BT t. 2, p. 854. Blass, thèse, p. 39. Sieben, p. 56. Heim, thèse, p. 57. Pour Logoz toutefois, l'omission des vétérinaires constitue peut-être une lacune (t. II *ad* art. 321 CP, n. 3 d, p. 779).

[22] Cette solution est celle retenue par le Code pénal allemand dont le paragraphe 203 soumet au secret les professions médicales dont la formation est réglementée par l'Etat (Voir *supra,* p. 30, n. 19). Voir également Langmack, pp. 68/69.

suisse ou étrangère, voire même, ce qui n'est actuellement plus possible, qu'il ait été délivré par les autorités d'un canton [23]. L'autorisation de pratiquer délivrée par les cantons, légalement nécessaire aux praticiens non détenteurs du diplôme fédéral, ne joue, à notre sens, aucun rôle quant à l'obligation de discrétion [24]. Toutes les autres personnes exerçant des professions paramédicales échappent à l'article 321 CP, à moins qu'elles ne soient dentistes, pharmaciens, sages-femmes ou auxiliaires de ceux-ci ou d'un médecin. Cela ne veut pas dire qu'elles n'engagent pas leur responsabilité civile si elles causent des dommages par des révélations indues [25]. Il en va de même de l'étudiant qui donnerait des consultations privées sous sa propre responsabilité avant l'obtention de son diplôme [26].

La confiance quasi magique d'une grande partie du public dans la profession, ainsi que les grands moyens d'investigation mis actuellement à la disposition des médecins, impliquent une compréhension très large des confidences faites en vertu de la profession et des faits appris dans l'exercice de celle-ci. Même un praticien très spécialisé sera souvent amené à connaître des éléments sans rapport direct avec son art, mais qu'il devra taire en vertu du secret professionnel. Parfois, le médecin provoque lui-même certaines confidences apparemment sans rapport avec sa profession, mais qui lui sont indispensables pour soigner son patient en connaissance de cause. Souvent les confidences non médicales sont spontanées et découlent du rapport psychologique et affectif particulier qui existe dans les relations malade-médecin. Il ne fait aucun doute que ces confidences-là sont aussi soumises au devoir de discrétion sanctionné par l'article 321 CP.

2. Les dentistes

On peut s'étonner de la mention spéciale réservée à l'art dentaire par le législateur ; les dentistes forment en effet une catégorie de médecins-spécialistes. La distinction essentielle tient à la stricte limitation

[23] Le canton de Genève a été le dernier à délivrer de tels diplômes jusqu'à la modification de la loi cantonale sur la médecine en 1926 (Blass, thèse, p. 37).

[24] J. F. Aubert, t. 2, nº 1887, pp. 673/674 et les références.

[25] Voir à ce propos Blass, thèse, chap. 4, pp. 70 ss.

[26] Naville, p. 90.

de leurs activités aux soins donnés à la bouche, alors que le médecin, généraliste ou spécialiste, a la compétence de soigner toutes les maladies [27]. Cela justifie une interprétation plus stricte des faits soumis au secret professionnel, sans toutefois restreindre celui-ci aux seuls renseignements d'ordre odontologique.

3. Les pharmaciens

C'est principalement par l'intermédiaire de l'ordonnance qui lui est remise que le pharmacien apprend des faits soumis au secret médical, dont la protection pénale serait illusoire si leur révélation par celui-ci n'était pas également réprimée. Cette dépendance très fréquente entre les deux professions suffirait à justifier le secret professionnel du pharmacien. Lorsque la relation n'existe pas, elle est souvent remplacée, en pratique, par une activité quasi médicale qui consiste à conseiller les clients qui n'ont pas au préalable consulté un médecin, vu le caractère bénin de leurs maux et qui se confient à leur pharmacien [28]. Il y a cependant lieu de relever que l'activité essentielle du pharmacien est la préparation et la vente de médicaments [29]. Les moyens d'investigation moins étendus dont dispose le pharmacien limitent naturellement l'objet de son devoir de discrétion par rapport au secret médical.

Les pharmaciens vendent aussi certains produits de consommation plus courante, notamment de droguerie, qui sont sans rapport avec la médecine. Pour Hauser, ils ne sont pas tenus par le secret envers les clients qui ne leur achètent que ce genre de produits, voire des médicaments réservés aux animaux [30]. Nous pensons au contraire que tous les achats faits à la pharmacie sont couverts par le secret. Il peut arriver en effet qu'un client s'adresse au pharmacien, plutôt qu'au droguiste, par mesure de discrétion ; il serait en outre fort délicat de décider quels

[27] Sieben, p. 59 et les références.

[28] On peut se demander si une telle attitude est compatible notamment avec l'article 2 du règlement vaudois du 4.7.1960 sur la profession de pharmacien (ROLV 1960, p. 153) qui fait défense à ces derniers de donner des consultations médicales, de traiter des maladies et de pratiquer des opérations. Les simples conseils du pharmacien ne sont toutefois pas considérés comme des infractions à cette disposition.

[29] RO 91 I (306) 308 = JdT 1967 I (13) 15.

[30] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 216 ; *contra* : Sieben, p. 123.

produits échappent au secret. Le devoir de discrétion du pharmacien est en revanche limité, du moins lorsqu'il ne donne pas de conseils d'ordre médical ou relatifs à l'emploi des produits vendus. Celui qui prend prétexte d'un achat à la pharmacie pour faire des confidences, n'est pas protégé par le secret professionnel.

La qualité de pharmacien, au sens de l'article 321CP, dépend pratiquement des mêmes conditions que celle de médecin et il faut se référer à la législation fédérale et cantonale en la matière. L'exercice de la profession a cependant deux caractéristiques : le pharmacien n'est pas tenu d'exercer personnellement son activité, mais il peut se faire remplacer ; en outre, il est difficilement imaginable qu'il exerce sa profession sans être au bénéfice d'une autorisation cantonale en bonne et due forme, à moins qu'il ne soit au service d'une personne — par exemple d'un hôpital — titulaire d'une telle autorisation. La fabrication mais surtout la vente clandestine de médicaments sont certainement moins fréquentes que l'exercice illégal de la médecine ; ceux qui s'y adonnent ne sont pas soumis au secret professionnel.

Les aides-pharmaciens diplômés ne sont pas considérés comme pharmaciens, même lorsqu'ils remplacent ces derniers [31]. Ils sont nécessairement placés sous la responsabilité d'un pharmacien et soumis au secret professionnel en qualité d'auxiliaires.

4. Les sages-femmes

Les femmes [32] qui pratiquent le métier d'accoucheuse, sans être médecins, font indiscutablement partie du personnel médical. Lorsqu'elles travaillent dans un hôpital, sous la direction d'un médecin, leur obligation de discrétion en qualité d'auxiliaires existerait même sans mention particulière dans la loi pénale. La décision du législateur de soumettre expressément les sages-femmes au secret professionnel se justifie par la pratique généralement indépendante, quoique de moins en moins répandue, de la profession.

[31] *Contra* : Sieben, p. 61.

[32] Cette profession n'est en principe exercée que par des femmes ; nous ne connaissons pas d'exemple d'accoucheur, à l'exception des médecins spécialistes en obstétrique et il n'existe aucun diplôme pour hommes dans cette profession.

La qualité de confident qualifié ainsi conférée à la sage-femme correspond à la nécessité de protéger la femme enceinte qui pourrait avoir de bonnes raisons de ne pas recourir à ses services et de risquer en conséquence de perdre son enfant et de mettre sa santé en danger. Les confidences que la sage-femme reçoit en vertu de sa profession sont de nature très diverses. En effet, la femme qui accouche se trouve parfois en proie à des désordres physiques et psychiques résultant de son état puerpéral, dont le législateur a tenu compte dans le cadre de la répression de l'infanticide [33]. L'exercice de la profession est relativement aisé à délimiter. Les actes permis aux sages-femmes sont en effet restreints à l'accouchement. Ainsi celle qui se chargerait des soins à donner à l'enfant après la période de l'accouchement ne serait plus soumise à l'article 321 CP, à moins qu'elle ne soit l'auxiliaire d'un médecin.

Pour déterminer qui est sage-femme au sens de l'article 321 CP nous pensons, avec Sieben [34], que la formation professionnelle correspondante ou simplement l'autorisation de pratiquer ce métier suffit. Le cumul de ces deux conditions n'est pas nécessaire.

C. *Les professions d'assistance judiciaire*

La lecture du rapport Logoz au Conseil national [35] donne à penser que ce groupe serait très étendu. Il comprendrait « ceux qui représentent d'autres personnes en justice, les avocats avant tout, mais aussi les notaires ». Nous verrons que cette formule est imprécise, car toutes les personnes qui en représentent d'autres en justice ne sont pas soumises à l'article 321 CP. En outre, l'activité des avocats ne se résume pas à la représentation et à l'assistance judiciaire. Quant au secret du notaire, nous pensons qu'il se distingue suffisamment de celui de l'avocat pour l'inclure dans un groupe différent.

[33] Art. 116 CP. Voir Logoz, t. I *ad* art. 116 CP, n. 3, p. 25.
[34] Sieben, p. 63.
[35] Bull. sten. CN 1929, p. 614.

1. Les avocats

La profession d'avocat est considérée en Suisse comme une profession libérale [36] et par là soumise notamment à l'article 5 des Dispositions transitoires de la Constitution [37]. La Confédération n'a pas encore légiféré en cette matière et institué un diplôme fédéral d'avocat, à l'instar du diplôme de médecin, valable sur toute l'étendue du territoire. Seule l'unification des procédures civiles et pénales et, par voie de conséquence, de l'organisation judiciaire [38], que nous ne souhaitons pas, justifierait la création d'un tel diplôme.

Chaque canton détermine librement qui, sur son territoire, peut pratiquer le barreau, soit représenter et assister les parties devant les autorités administratives et judiciaires. Certains auteurs [39] ont admis que seuls les titulaires du certificat prévu à l'article 5 DT seraient soumis au secret professionnel en vertu de l'article 321 CP. Le certificat de capacité serait en quelque sorte à l'avocat ce que le diplôme est au médecin, en matière de secret professionnel en tout cas. Nous ne saurions souscrire à une telle comparaison.

La jurisprudence fédérale a mis un certain nombre de conditions strictes à la validité intercantonale d'un certificat de capacité, notamment la preuve de l'aptitude professionnelle. Les cantons ne sont tenus de reconnaître la validité d'un certificat de capacité et d'admettre son détenteur à pratiquer sur leur territoire que si le certificat a été délivré après un examen portant sur les capacités de praticien du candidat [40]. Le brevet délivré sur la simple foi d'un grade universitaire [41], voire d'une attestation de cours [42] ne suffit pas.

[36] J. F. Aubert, t. 2, n° 1887, p. 673. Chaulmontet, p. 53. RO 69 I (1) 2 = JdT 1943 I (345) 346. RO 84 I (24) 27 = JdT 1958 1 (184) 186.

[37] Art. 5 DT : « Les personnes qui exercent une profession libérale et qui, avant la promulgation de la loi fédérale prévue à l'article 33, ont obtenu un certificat de capacité d'un canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs cantons peuvent exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération. »

[38] Voir notamment Schaad, p. 145.

[39] Blass, thèse, p. 42.

[40] Chaulmontet, p. 59. L'exigence d'un examen de capacité n'est toutefois pas absolue et le brevet peut être reconnu s'il a été délivré après enquête sur la pratique antérieure du candidat (RO 45 I 362 = JdT 1920 I 284).

[41] RO 69 I 1 = JdT 1943 I 345.

[42] RO 84 I 24 = JdT 1958 I 184.

Ainsi, selon la théorie de Blass, l'avocat non titulaire d'un certificat de capacité au sens des Dispositions transitoires, mais possédant un grade universitaire, pratiquant dans son canton et habilité à agir devant le Tribunal fédéral, ne serait pas soumis au secret professionnel parce qu'il n'aurait pas l'autorisation de plaider dans toute la Suisse. Le Tribunal fédéral a admis que les cantons créent une classe spéciale parmi les avocats en réservant par exemple le droit aux porteurs du brevet cantonal de porter le titre d'avocat [43]. L'application stricte de la théorie de Blass aurait dans ce cas pour résultat de dispenser du secret professionnel un avocat, autorisé à porter ce titre sans être titulaire d'un certificat de capacité, et de soumettre à l'article 321 CP le praticien venant d'un autre canton, mais n'ayant pas le droit de porter le titre d'avocat.

La principale distinction entre l'avocat et le simple conseiller juridique ou le mandataire spécial est dans tous les cantons la titularité, *hic et nunc*, du droit de représenter et d'assister professionnellement en justice, et non la possession d'un certificat de capacité. Ce critère est celui retenu par les lois fédérales d'organisation judiciaire [44] et de procédure pénale [45]. L'article 29 chiffre 2 OJF dispose que « peuvent seuls agir comme mandataires dans les affaires civiles et pénales les avocats patentés et les professeurs de droit des universités suisses. Sont réservés les litiges provenant des cantons où l'exercice du barreau est libre ». L'article 35 chiffre 3 PPF prévoit que « sont admis comme défenseurs les avocats qui exercent le barreau dans un canton, ainsi que les professeurs de droit des universités suisses ». Nous reviendrons en quelques mots sur le cas des professeurs de droit. Devant le Tribunal fédéral, les professionnels du barreau de tous les cantons, patentés ou qui pratiquent au bénéfice de l'autorisation cantonale, sont considérés comme avocats, qu'ils soient ou non porteurs d'un certificat de capacité au sens de l'article 5 DT.

En résumé, les avocats visés à l'article 321 CP sont les personnes autorisées à pratiquer le barreau au moment où ils reçoivent des confidences. Si l'autorisation est retirée ou que l'avocat renonce au barreau, il n'en demeure pas moins tenu par le secret pour tout ce qu'il a appris

[43] RO 28 I 111 (Refus par le canton de Soleure d'autoriser un avocat breveté à Berne de porter le titre de *Fürsprecher* sur le territoire cantonal).

[44] RS 173.110.

[45] RS 312.0.

auparavant[46]. Cette solution permet, à juste titre, d'étendre l'obligation de discrétion aux avocats étrangers[47].

Deux questions importantes doivent encore être résolues :

I. Des tiers non-avocats agissent parfois, sous certaines conditions, en qualité de représentants, voire même de conseillers devant les tribunaux ; sont-ils soumis à l'article 321 CP ?

II. L'exercice de la profession d'avocat comprend-il, au sens du Code pénal, les activités ne comportant aucune intervention devant une autorité judiciaire ou administrative ?

I. Dans les procès civils, les mandataires et représentants occasionnels, dans la mesure où ils sont autorisés[48], ne sont jamais assimilés à des avocats. Le législateur fédéral ne les a pas compris dans l'énumération de l'article 321 CP, exhaustive sur ce point. En matière pénale en revanche, les conseillers non professionnels sont expressément soumis à l'obligation de discrétion en qualité de défenseurs. On peut se demander pourtant si les professeurs de droit des universités suisses, lorsqu'ils agissent en qualité de mandataires dans les affaires civiles, conformément à l'article 29 chiffre 2 OJF, ne doivent pas être assimilés aux avocats. C'est vraisemblable, car si leur droit d'agir devant le Tribunal fédéral découle directement de la loi et non d'une autorisation particulière de pratiquer, comme c'est le cas des avocats dans les cantons où la pratique du barreau n'est pas libre, ils n'en ont pas moins les mêmes compétences. Cette faculté d'agir devant la plus haute autorité judiciaire de notre pays implique en effet les mêmes exigences professionnelles, notamment en matière de discrétion, et il est conforme au but de l'article 321 CP d'assimiler dans ce cas les professeurs d'université à des avocats[49].

[46] Piccard, p. 55.

[47] C'est aussi le cas pour les médecins étrangers autorisés à pratiquer en Suisse. Cette solution est justifiée par le fait qu'à titre exceptionnel des avocats étrangers peuvent être autorisés à plaider devant le Tribunal fédéral (art. 29, ch. 3 OJF) ou les tribunaux des cantons (voir art. 15 de la loi vaudoise sur le Barreau, NR V, p. 464).

[48] Voir pour le canton de Vaud : loi du 5.9.1944 sur la représentation des parties (NR V, p. 457).

[49] L'article 29 OJF ne s'oppose d'ailleurs pas à une activité quasi professionnelle des professeurs de droit des universités suisses en qualité de représentants devant le Tribunal fédéral.

II. La nature et la diversité des activités d'un avocat exige une interprétation très extensive de l'objet du secret professionnel, en particulier en ce qui concerne les confidences faites en vertu de la profession [50]. L'exécution du mandat confié à un avocat dépend bien souvent de sa connaissance complète de la cause, dans ses moindres détails. Il est inévitable qu'il soit ainsi amené à connaître des faits concernant des tiers et parfois sans rapport avec la représentation ou l'assistance judiciaire.

Hors l'intervention devant les tribunaux, pour laquelle il est fréquent de rencontrer un monopole légal en faveur des avocats, la concurrence des « conseillers juridiques » de toute nature [51] existe surtout dans le cadre des autres activités de la profession. En principe, seuls les avocats sont soumis au secret professionnel de l'article 321 CP, à moins qu'un conseiller ne soit l'auxiliaire d'un avocat. A l'instar des membres du corps médical, les avocats jouissent d'une grande confiance, de par leur titre. Celui qui s'adresse à un simple conseiller le fait à ses risques et périls, alors que s'il consulte un avocat il doit être assuré de sa discrétion. Cette confiance justifie l'existence du secret professionnel de l'avocat [52].

2. Les défenseurs

Bien que le texte légal ne le précise pas, les défenseurs visés à l'article 321 CP sont exclusivement les personnes qui, sans être avocats, sont autorisées par la loi de procédure applicable à agir devant les tribunaux pénaux [53]. La qualité de défenseur ne dépend donc pas d'une autorisation particulière délivrée par l'autorité compétente mais directement de la loi applicable *in casu*. Théoriquement, le nombre des défenseurs potentiels n'est limité que par le nombre des personnes remplissant les conditions posées par la loi, mais il serait absurde de prétendre que toutes sont soumises de plein droit au secret professionnel. Lorsqu'on s'adresse à l'une d'entre elles, il n'y a rapport de confidence nécessaire que dans la mesure où un mandat précis est confié. Le défenseur n'est

[50] RO 97 I (831) 838 = JdT 1973 I (200) 205.

[51] Chaulmontet, p. 128, ch. 4.

[52] RO 100 I a (163) 168 = JdT 1975 I (213) 217.

[53] Thormann, von Overbeck, t. II, *ad* art. 321 CP, n. V, p. 470. Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 3 b, p. 779. Hafter BT, t. 2, p. 853.

pas avocat et ne fait généralement pas métier de plaider devant les tribunaux répressifs [54]. Contrairement à celle d'avocat notamment, cette profession — le terme est mal choisi — est aussi limitée du point de vue du secret professionnel, quant à sa durée et son objet. La désignation d'un défenseur, qui en quelque sorte remplace l'autorisation de pratiquer, est valable pour une seule cause. La qualité de défenseur cesse avec la fin de son mandat et les devoirs qui en résultent ne s'étendent pas à d'autres activités. L'obligation de discrétion ne concerne dès lors que les secrets relatifs à la seule défense devant la justice pénale de la personne intéressée. Mais à l'intérieur de ce cadre, le secret professionnel du défenseur est le même que celui de n'importe quel autre confident qualifié, en particulier celui de l'avocat. Cela étant, il convient de classer les défenseurs dans le même groupe de confidents que les avocats.

3. Les notaires

En Suisse le notariat n'est pas une profession libérale et les cantons l'organisent librement. Certains d'entre eux ont confié les tâches du notaire à des fonctionnaires de l'administration ou spécialement désignés à cet effet [55]. En pareil cas, l'application de l'article 321 CP est exclue par tous les commentateurs, au profit de l'article 320 CP réprimant la violation du secret de fonction [56]. Les seuls notaires soumis au secret professionnel sont ceux qui exercent leur profession de manière indépendante, sous la simple surveillance de l'Etat. C'est le cas dans les cantons d'Argovie, Bâle-Ville, Berne, Fribourg, Genève, Grisons, Neuchâtel, Soleure, Tessin, Uri, Valais et Vaud [57].

Bien que sous certaines conditions les notaires soient parfois compétents pour représenter ou assister leurs clients devant les autorités administratives ou judiciaires, il ne s'agit en général que d'une activité très accessoire et nous ne pensons pas qu'on puisse grouper les notaires

[54] La notion du défenseur à laquelle on pense le plus souvent est celle de l'article 107 OJPPM (RS 322.1) qui dispose que « le prévenu a le droit de prendre pour défenseur un militaire ou un citoyen suisse, jouissant de ses droits civiques, qui n'est pas au service militaire ».

[55] Sieben, pp. 51/52.

[56] Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 3 c, p. 779. Hafter, BT, t. 2, p. 854. Sieben, p. 52.

[57] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 215.

et les avocats dans une même catégorie de confidents qualifiés, comme le fait Logoz dans son rapport au Conseil national [58]. Une des attributions essentielles du notaire est la compétence, parfois exclusive, de recevoir les actes authentiques, condition de validité de nombreux actes juridiques selon le droit civil. L'obligation légale de recourir aux services des notaires en fait *ipso facto* des confidents nécessaires et justifie l'institution du secret professionnel à leur égard. La nature des actes authentiques implique que celui qui les instrumente ait connaissance de faits parfois très intimes de ses clients et de tiers [59]. Mais la qualité d'officier public conférée au notaire pour cette « fonction » distingue nettement celui-ci des avocats et défenseurs. L'instrumentation authentique étant un acte quasi juridictionnel, l'octroi d'une telle compétence doit être considéré comme celui d'un attribut de l'autorité [60]. Au dire du Tribunal fédéral, l'officier public accomplit ainsi une mission étatique et, sans être fonctionnaire, exerce une fonction publique, au même titre par exemple que le tuteur dont la mission est d'ailleurs qualifiée de « fonction » par le code civil [61]. En astreignant par conséquent les notaires au secret professionnel, le législateur fédéral a désigné les personnes privées chargées de cette mission par les cantons. Il serait à notre sens contraire au caractère spécifique du notariat d'assimiler purement et simplement cette profession, en matière de secret professionnel, à celles exercées par les avocats et les défenseurs.

Un problème subsiste cependant lorsque la profession de notaire et celle d'avocat sont exercées simultanément par une seule et même personne, comme c'est le cas dans de nombreux cantons où la loi le permet [62]. Le statut de l'avocat-notaire est très complexe et la limite entre les deux activités difficile à tracer, le notaire assumant souvent auprès de ses clients le rôle d'avocat-conseil [63]. L'activité d'un notaire, même s'il n'est pas en même temps avocat, ne se borne d'ailleurs jamais à l'enregistrement des actes authentiques. Elle s'exerce dans divers domaines d'ordre juridique, voire commercial. Le notaire est en outre un homme de confiance à qui l'on s'adresse pour arbitrer certains conflits

[58] Bull. sten. CN 1929, p. 614.
[59] Voir art. 1er de la loi vaudoise du 10.12.1956 sur le notariat (ROLV 1956, p. 490).
[60] RO 73 I (366) 372 = JdT 1948 I (341) 345.
[61] Art. 379 ss, 426 et 411 ss CC.
[62] Chaulmontet, p. 125.
[63] Martin-Achard, p. 161.

notamment familiaux. Il se justifie dès lors d'étendre le secret professionnel à cet aspect de la profession [64]. Quant à la notion d'exercice de la profession, elle est aussi large pour le notaire que pour l'avocat.

4. Les contrôleurs [65]

Dans le groupe des professionnels de l'ordre juridique, les Chambres fédérales ont ajouté « les contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations ». Bien que leur activité soit de nature juridique, il convient de distinguer soigneusement les contrôleurs des autres professionnels du groupe [66].

Le législateur a quelque peu hésité à ne soumettre au secret professionnel que les contrôleurs dont le devoir de discrétion découle du Code des obligations. Il ressort cependant des travaux parlementaires [67] que seules les personnes mentionnées aux articles 730 et 909 CO [68] sont astreintes au secret professionnel. Il n'est nulle part fait mention de l'article 819 CO qui concerne les contrôleurs des sociétés à responsabilité limitée et renvoie, sur ce point, aux dispositions sur le contrôle de la société anonyme. La situation juridique de l'organe de contrôle est la même pour les trois sociétés [69] et il n'est pas douteux que les contrôleurs de la société à responsabilité limitée soient aussi des confidents qualifiés.

A l'époque, le Conseil des Etats a envisagé d'étendre la protection pénale également aux experts-comptables, puis s'est finalement rangé à l'opinion exprimée au Conseil national et a retiré sa proposition. Les rapporteurs de la commission du Conseil national ont précisé qu'on ne saurait soumettre les experts-comptables au secret professionnel, leur profession étant par trop vague et mal définie [70]. Les experts-comptables sont néanmoins soumis à un devoir général de discrétion

[64] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 215.

[65] Voir à ce propos : Müllhaupt. Bürgi, pp. 770/775.

[66] *Contra* : Noll, *Festgabe*, p. 139.

[67] Voir notamment Bull. sten. CN 1937, p. 243.

[68] Ces deux dispositions interdisent aux contrôleurs de communiquer à des actionnaires individuellement, respectivement à des associés dans le cas de la société coopérative, ou à des tiers, les constatations qu'ils ont faites dans l'exercice de leur mandat.

[69] S'il existe, l'organe de contrôle de la Sàrl est organisé sur le modèle de celui de la SA. Voir Guhl, Merz, Kummer, § 76 III, p. 690 ; von Steiger, rem. prél. 7 *ad* art. 808-819 CO et n. 1 ss *ad* art. 819 CO.

[70] Bull. sten. CE 1937, p. 6 (Seiler, Lachenal).

et on peut se demander s'il n'y aurait pas lieu actuellement de les astreindre au secret professionnel. Leur activité permet en effet une intrusion considérable dans la sphère privée de leurs mandants, notamment dans le domaine des affaires et ceux-ci sont en droit d'exiger d'eux la plus grande discrétion. Par certains aspects de leur profession, il n'est pas exagéré de les qualifier de confidents nécessaires.

Lorsqu'il est nommé contrôleur de sociétés, ou auxiliaire d'un contrôleur [71], l'expert-comptable est tenu par le secret professionnel. Le devoir de discrétion sanctionné pénalement est ici uniquement celui qui résulte du Code des obligations, à l'exclusion de tout autre ; la doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point [72]. Aussi est-il une fois encore délicat de parler de véritable profession du contrôleur dont l'activité s'apparente à celle du défenseur par son objet et sa durée, limités à l'accomplissement d'une mission précise. Pour l'un comme pour l'autre, l'exercice de la profession est fonction du mandat confié, ce qui permet théoriquement de distinguer plus aisément les faits couverts par le secret.

Pour les sociétés, les contrôleurs sont des confidents nécessaires imposés par la loi, dont l'activité implique une connaissance très approfondie de la marche de leurs affaires [73]. Le législateur de l'époque a ressenti la nécessité d'imposer aux contrôleurs une discrétion particulière dans le cadre du Code des obligations. C'est ce devoir de discrétion, jusque-là dénué de toute sanction pénale, qui constitue le secret professionnel des contrôleurs [74].

Le mandat des contrôleurs est déterminé par les règles du Code des obligations [75]. Les articles 730 et 909 CO interdisent la divulgation des constatations faites dans l'exercice du mandat. Il faut entendre par constatations aussi bien les faits confiés aux contrôleurs en vertu de leur profession, que ceux dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci. Le renvoi aux règles du Code des obligations donne au secret

[71] JAAC 12 1936, nº 126, p. 148. Noll, *Festgabe*, p. 139.

[72] RO 83 IV 194 = JdT 1958 IV 21 (et la doctrine citée). Sieben, pp. 54/55.

[73] *Die Aufgaben der Kontrollstelle*, article anonyme *in* La société anonyme suisse, 31, 1958/59, pp. 173/174.

[74] Bull. sten. CN 1937, p. 131.

[75] La loi n'est cependant pas exhaustive en ce qui concerne la mission des contrôleurs qui peut être étendue par les statuts ou une décision de l'assemblée générale (voir Guhl, Merz, Kummer, § 68, III, p. 635 ; Gutzwiller, t. II, p. 539 ; Bürgi, pp. 777/778).

un caractère particulier. Le rôle des contrôleurs est de vérifier la comptabilité et de faire un rapport à l'assemblée générale ; les éléments de ce rapport ne doivent pas être communiqués aux actionnaires — ou associés — individuellement, ni aux tiers. Mais, dans l'exercice de leur profession, les contrôleurs font aussi des constatations qui ne concernent pas directement la société et qui, par conséquent, ne figurent pas dans le rapport. Rien dans le Code des obligations ne permet de penser que ces renseignements échappent à l'obligation de discrétion, sauf à l'égard de l'assemblée générale.

D. *Les auxiliaires et les étudiants*

La protection pénale du secret professionnel serait illusoire si les personnes appelées par leur profession ou leur état à prendre connaissance des mêmes secrets que le professionnel pouvaient les révéler impunément. Les travaux préparatoires du Code pénal font très peu allusion à ces deux catégories de confidents qualifiés et pourtant Gautier avait déjà signalé combien il était délicat de délimiter le cercle des auxiliaires [76]. On risque, disait-il, d'y comprendre de simples petits comparses sur lesquels ne doit reposer aucune responsabilité spéciale, le petit clerc d'avocat, le saute-ruisseau du notaire, l'apprenti-pharmacien, etc... Au problème de la responsabilité pénale de l'employé subalterne s'ajoute celui de la responsabilité des collaborateurs occasionnels, ainsi que des détenteurs fortuits d'un secret ou des héritiers d'un confident qualifié. Les détenteurs fortuits et les héritiers ne sont pas soumis au secret professionnel. Ils n'encourent qu'une responsabilité civile, s'ils causent un dommage en révélant indûment les secrets d'autrui, à moins qu'ils ne soient punissables en vertu d'autres dispositions [77].

A défaut de jurisprudence, une partie de la doctrine a proposé une interprétation étroite de la notion d'auxiliaire [78] et pose généralement deux conditions à l'existence de ce statut. La première est celle du carac-

[76] Travaux préparatoires du Code pénal, PV 2e comm. d'exp., t. IV, p. 365.

[77] Heim, thèse, pp. 63/64. (Nous ne pouvons toutefois suivre cet auteur lorsqu'il exclut du cercle des auxiliaires, responsables pénalement d'une violation du secret professionnel, les collaborateurs occasionnels et les élèves sages-femmes.)

[78] Hafter BT, t. 2, p. 855. Logoz, *ad* art. 321 CP, n. 3 f, pp. 779 ss.

tère professionnel de l'activité exercée [79] ; la seconde est l'existence d'un rapport étroit entre l'assistance apportée et la profession du confident qualifié ainsi assisté [80]. Ces deux conditions ne sont pas décisives. En s'y tenant, on risque d'exclure du secret professionnel des auxiliaires très importants bien qu'occasionnels. Nous pensons en particulier à l'épouse du médecin qui remplace à l'occasion la secrétaire de son mari ou sa demoiselle de réception. Il est incontestable qu'un auxiliaire subalterne ou occasionnel peut révéler des faits soumis au secret professionnel. Mais il n'est pas possible de déterminer d'une manière générale qui est soumis à l'article 321 CP et qui ne l'est pas, parmi les personnes travaillant dans l'entourage ou sous la responsabilité d'un confident qualifié. Les seules limites raisonnables à notre sens sont celles que les tribunaux posent de cas en cas. Deux conditions suffisent à assimiler l'intéressé à un auxiliaire au sens de l'article 321 CP : l'accès aux confidences et la conscience du devoir de discrétion.

Les auxiliaires usuels des confidents qualifiés, dont le statut et le devoir de discrétion sont dans de nombreux cas déterminés par la loi [81], sont naturellement soumis au secret professionnel. C'est le cas du personnel médical : infirmières, laborantines, secrétaires, etc... [82] En revanche, toute personne travaillant avec ou pour un confident qualifié, régulièrement ou occasionnellement, mais dont l'activité n'a pas de rapport avec la profession soumise au secret professionnel, n'est auxiliaire que si elle a été dûment informée des conséquences d'une violation du devoir de discrétion. Ainsi, même le personnel intérimaire ou exerçant une activité très différente, comme le nettoyage des bureaux, peut être soumis au secret professionnel [83].

Les apprentis, parmi lesquels il faut entendre les élèves-sages-femmes, de même que les stagiaires, avocats, notaires, médecins, prêtres et pasteurs, sont des auxiliaires, et non des étudiants [84], dans la mesure où ils exercent déjà leur profession et ne se contentent pas de suivre

[79] Sieben, p. 63 et les références. Heim, thèse, p. 63.

[80] Sieben, p. 63.

[81] Voir le contrat-type de travail pour le personnel sanitaire, Arrêté du Cons. féd. du 23.12.1971, RS 221. 215, 328. 4, notamment l'art. 7 (Obligation de garder le secret et diligence à observer).

[82] Thormann, von Overbeck, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 8, p. 470.

[83] *Contra* : Stratenwerth, t. I, p. 136.

[84] Thormann, von Overbeck, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 8-9, p. 470. Sieben, p. 66.

des cours en vue de leur formation. La portée de la disposition figurant au deuxième alinéa de l'article 321 chiffre 1 CP, relative au devoir de discrétion des étudiants, n'a en conséquence qu'une portée restreinte. Elle comprend les étudiants de toutes les professions astreintes au secret professionnel, mais n'a pratiquement d'intérêt qu'en matière médicale et, de l'aveu même de la deuxième commission d'experts [85], ne concerne que les étudiants en médecine. La doctrine est en tout cas unanime à ce sujet : sont seuls concernés les étudiants des universités. Mais il serait contradictoire de limiter le secret professionnel aux étudiants en médecine. Il ne faut en effet pas oublier que parfois d'autres étudiants suivent des cours de médecine, et qu'en outre, les cours des autres facultés, de droit notamment, comportent la présentation de faits couverts par le secret professionnel. Nous pensons en particulier aux visites d'établissements, à l'étude de dossiers, de jugements non publiés, ...

La mention spéciale consacrée aux étudiants se justifie par le fait qu'ils n'exercent aucune profession et n'ont qu'un rôle passif. Dès qu'ils mettent en œuvre leurs connaissances, ils deviennent soit des auxiliaires, soit des professionnels.

L'étendue de l'obligation de discrétion des auxiliaires et des étudiants se confond avec celle des confidents concernés. Les droits et les devoirs qui en résultent sont les mêmes pour le praticien, ses auxiliaires et ses étudiants.

Section 3 *Les révélations consenties par l'intéressé ou autorisées par l'autorité compétente*

A. *Généralités*

La violation du secret professionnel est un délit d'un genre particulier en ce sens que l'intérêt public et l'intérêt privé, qui justifient sa répression, exigent parfois que non seulement on ne punisse pas une divulgation, mais qu'on oblige le détenteur du secret à parler. L'article 321 chiffre 2 CP dispose que la révélation ne sera pas punissable si

[85] Travaux préparatoires du Code pénal, PV 2e comm. d'exp., t. VIII, p. 312. Heim. thèse, p. 62. Hafter BT, t. 2, p. 855 ; Logoz, t. II *ad* art. 321 CP, n. 3 g, p. 780.

elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou de surveillance l'a autorisée par écrit.

Quia nulla injuria est, quae in volentem fiat proclamait le Digeste [1], excluant ainsi l'illicéité des actes commis avec le consentement de la victime. En droit pénal moderne au contraire, le consentement n'exclut en règle générale pas l'illicéité [2]. Dans certains cas pourtant, l'accord de la « victime » supprime le caractère illicite de l'acte. On peut ainsi valablement consentir à une intervention chirurgicale, bien qu'elle constitue une atteinte parfois grave à l'intégrité corporelle. Il est de même possible de renoncer à la protection pénale de l'honneur et de la sphère intime [3].

Il est clair en revanche que lorsque l'acte porte à la fois atteinte à des intérêts publics et privés, ou seulement à l'intérêt public, le consentement n'exclut pas l'illicéité.

L'article 321 CP est la seule disposition du Code pénal à réserver expressément le consentement de l'intéressé, alors même que l'ordre public est concerné par le respect du secret professionnel. Sans cette disposition le consentement serait sans effet. Ainsi en France, l'article 378 du Code pénal ne prévoit aucune réserve et la violation du secret professionnel demeure punissable même si l'intéressé a consenti à la révélation.

Schaffner a consacré sa thèse à l'étude de l'article 321 chiffre 2 CP ; aussi nous contenterons-nous ici de rappeler les principaux éléments de cette disposition, dans la mesure où ils influent sur l'obligation des confidents qualifiés de témoigner et de produire des pièces en justice.

B. *Le consentement de l'intéressé et l'obligation de révéler un secret professionnel*

Sur le plan pénal, le consentement valablement donné par l'intéressé n'implique en lui-même aucune obligation pour le détenteur du

[1] 1.5 *in fine* D. 47, 10.

[2] Hafter, AT, § 32, pp. 168 ss (*Einwilligung des Verletzen und Selbstverletzung*).

[3] Schultz, t. I, pp. 177 ss.

secret. Il supprime le caractère punissable d'une révélation [4], mais n'oblige pas le confident à parler. Le consentement met le détenteur du secret à l'abri d'une poursuite pénale pour violation de l'article 321 CP. Il supprime le caractère illicite de la révélation au sens du droit pénal mais l'obligation de discrétion des confidents qualifiés ne cesse pas pour autant. Le secret professionnel subsiste, mais il n'est plus sanctionné pénalement. Dans la mesure où il n'est pas tenu légalement de parler, le professionnel devient le seul maître du secret dès que l'intéressé a consenti à la révélation. On parle fréquemment de « maître du secret » pour distinguer la personne habilitée à délier valablement le confident de son devoir de discrétion. Cette expression est malheureuse, car l'intéressé n'a jamais la maîtrise effective du secret, en matière pénale en tout cas, puisque le consentement n'oblige pas le confident.

C. *La validité et l'étendue du consentement*

1. La personne de l'intéressé

L'article 321 chiffre 2 CP ne dit pas qui est l'intéressé. L'interlocuteur ou le client du confident qualifié est-il le seul intéressé à tous les secrets que le professionnel connaît en raison de son mandat ?

Quiconque s'adresse à un confident nécessaire en raison de sa profession est l'intéressé, ou l'un des intéressés, pour tous les faits qu'il confie au professionnel ou que celui-ci découvre et qui le concernent personnellement [5]. Cependant, pour la bonne exécution du mandat qui lui est confié, l'homme de l'art recueille souvent des renseignements d'ordre intime concernant des tiers, notamment les proches de son client. Le cas de la médecine est particulièrement typique : il est nécessaire pour le médecin de connaître l'hérédité de ses patients, en particulier dans les soins des troubles psychiques ou psychosomatiques.

Mais le praticien découvre souvent lui-même de tels renseignements sur des tiers par intuition, par ses connaissances scientifiques ou simplement par sa présence auprès de son client. S'il révèle indûment des faits en rapport avec l'exercice de sa profession, le confident viole

[4] Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 8, p. 781.
[5] RO 75 IV (71) 74 = JdT 1949 IV (92) 94.

le secret professionnel et cause du tort aux personnes concernées. Les victimes de telles indiscrétions sont-elles aussi des intéressés, au sens de l'article 321 chiffre 2 CP ?

Le délit de violation du secret professionnel ne se poursuit que sur plainte. Cette exception au caractère automatique de la poursuite pénale a pour but de ménager les intérêts légitimes du lésé. La publicité de l'action pénale risque en effet d'avoir des conséquences plus désastreuses encore que la violation du secret [6]. Aux termes de l'article 28 CP, toute personne lésée par une infraction poursuivie sur plainte est habilitée à porter plainte. Dès lors qu'une violation du secret professionnel lèse des tiers, ceux-ci sont habilités à déclencher l'action pénale. Nous ne saurions nous rallier à la thèse de Heim [7] pour qui seul l'auteur de la confidence doit être considéré comme le véritable lésé, les tiers ne l'étant que de manière indirecte. Cette opinion est erronée, car les tiers risquent également des dommages directs et le droit de plainte doit leur être reconnu.

Il n'existe toutefois pas de similitude absolue entre le droit de porter plainte et celui de consentir à la divulgation du secret professionnel. La plainte détermine en effet l'exercice de l'action publique [8], soit la poursuite de l'infraction, alors que le consentement exclut cette poursuite sans autre conséquence obligatoire pour le détenteur du secret. Le lésé n'est pas nécessairement en rapport avec le confident et il ne lui appartient notamment pas d'autoriser la divulgation de renseignements le concernant lorsque c'est un tiers qui les a confiés au praticien. En revanche, s'il est lésé directement par une divulgation illicite, il a le droit de porter plainte [9].

Pour le Tribunal fédéral, l'opinion selon laquelle le consentement du mari de la patiente serait nécessaire pour délier son médecin du secret professionnel paraît cependant erronée. Le secret professionnel ne protège que le patient. Celui-ci est l'intéressé au sens de l'art. 321 chiffre 2 CP [10].

[6] Travaux préparatoires du Code pénal, PV 2e comm. d'exp., t. II, pp. 14 ss. Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 7, p. 781. Heim, thèse, p. 78. RO 87 IV (105) 108 = JdT 1962 IV (2) 5.

[7] Heim, thèse, pp. 78/79.

[8] RO 69 IV 69 = JdT 1943 IV 38 c. 5.

[9] RO 74 IV (6) 7 = JdT 1948 IV 64 (rés.). Hafter AT, § 28, p. 137. Thormann, von Overbeck, t. I, *ad* art. 28 CP, n. 7, p. 133. Naville, p. 92. Schultz, t. I, p. 157 et la jurisprudence citée.

[10] RO 97 II (369) 370 = JdT 1972 I (579) 580.

Cette décision ne tient pas compte de l'étendue du secret professionnel quant aux faits appris dans l'exercice de la profession. S'il n'est pas douteux que le client soit le seul intéressé aux confidences qu'il a faites, il n'en va pas de même pour tout ce que le confident découvre à l'insu de celui qui le consulte. Dans le cas de l'arrêt précité, si la patiente a dit à son médecin que ses relations conjugales étaient mauvaises, il n'y a aucune raison d'exiger que le mari consente également au témoignage du médecin. En revanche, si le praticien, au cours d'une consultation à domicile, s'en est rendu compte ou a assisté à une scène, le défendeur a également droit au secret, même s'il n'a pas consulté personnellement le médecin ni été soigné par lui. La solution critiquée par le Tribunal fédéral nous paraît s'imposer. Si en effet le confident apprend certains renseignements sur des tiers, à l'insu de son client mais dans l'exercice de sa profession, le tiers devient l'intéressé au sens du Code pénal.

En résumé, le droit de consentir à une révélation diffère de celui de porter plainte lorsqu'il s'agit de confidences. Il est identique dans les autres cas, à la différence toutefois que le consentement de tous les intéressés est nécessaire [11], alors qu'un seul lésé peut déclencher l'action pénale.

Signalons qu'en Allemagne, où la faculté de consentir à la divulgation du secret professionnel n'est pas prévue par la loi, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à l'admettre. L'intéressé peut, le cas échéant, être un tiers sans rapport direct avec le détenteur du secret ; c'est pourtant ce tiers qui est seul habilité à consentir valablement à une révélation [12].

Pour l'exercice du droit de consentir à la révélation, les auteurs se réfèrent également aux dispositions sur le droit de porter plainte [13].

Bien que le droit de plainte soit considéré comme strictement personnel [14], le Code pénal pose des conditions plus restrictives pour son exercice que le Code civil à son article 19. Non seulement les mineurs doués de discernement doivent avoir atteint l'âge de dix-huit ans révolus, mais ce droit est refusé aux interdits qui ne peuvent l'exercer qu'avec l'accord de leur représentant légal. Cette pratique, inconnue avant l'en-

[11] Schaffner, pp. 35/36. Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 225.
[12] Schönke, Schröder, *ad* § 203 *StGB*, n. 23, p. 1243.
[13] Sieben, p. 85. Ulrich, pp. 103/104. Heim, thèse, p. 93.
[14] RO 73 IV (68) 70 = JdT 1947 IV (34) 36.

trée en vigueur du Code pénal [15], se justifie en raison des conséquences graves que peut entraîner le dépôt d'une plainte. Il convenait de prendre des mesures pour éviter que des personnes incapables juridiquement n'en abusent. Ce risque n'existe pas en matière de consentement à la révélation d'un secret professionnel, puisque le détenteur du secret délié de son obligation n'est pas exposé à une poursuite et que le consentement ne l'oblige pas à révéler des secrets qu'il estime bon de taire. On a en outre de la peine à imaginer que l'intéressé, mineur ou interdit, subisse des pressions de la part du détenteur tendant à lui arracher son consentement. Le droit de consentir doit pouvoir être exercé par l'intéressé capable de discernement, même s'il est mineur de dix-huit ans ou interdit, sans l'accord de son représentant légal. Un argument décisif en faveur de cette interprétation nous paraît être la possibilité reconnue à une telle personne de s'adresser valablement à certains confidents qualifiés sans le consentement de son représentant. Nous pensons en particulier aux ecclésiastiques et aux membres du personnel médical, dans le cas d'interventions bénignes notamment. En matière civile, le Tribunal fédéral avait admis, bien avant l'entrée en vigueur du Code pénal, que l'incapable doué de discernement pouvait, le cas échéant, agir en dommages-intérêts pour atteinte à ses intérêts personnels contre le professionnel qui lui avait causé un dommage en violant son obligation de discrétion [16].

Le détenteur d'un secret professionnel au sens de l'article 321 CP est valablement libéré de son obligation de discrétion si l'intéressé, quoique mineur ou interdit, mais capable de discernement, a consenti à la révélation. Récemment le Tribunal fédéral s'est, semble-t-il, rallié à notre interprétation en admettant que l'intéressé capable de discernement délie valablement un médecin de son secret professionnel [17].

En cas de décès de l'intéressé, il est constant que l'obligation de discrétion subsiste [18], bien que le droit de porter plainte, au sens de l'ar-

[15] Hafter, AT, *ad* art. 28 CP, n. IV, p. 137.

[16] RO 41 II (553) 556 = JdT 1916 I (203) 206.

[17] RO 98 IV (217) 218 = JdT 1973 IV 63 (rés.). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral ne fait pas allusion à la condition d'un âge minimum ; il faut relever cependant que le problème ne se posait vraisemblablement pas en l'espèce. Voir dans le même sens : Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 225. Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 8 a, p. 782 qui reprend l'opinion de Hafter, BT, t. 2, p. 857. *Contra* : Langmack, p. 74.

[18] Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 8 a, p. 782. Sieben, pp. 74/75.

ticle 28 alinéa 4 CP, disparaisse si la violation est postérieure au décès [19]. Sans se prononcer sur le droit des héritiers de porter plainte, Sieben affirme que ceux-ci peuvent valablement consentir à la révélation d'un secret professionnel. Il se fonde sur la solution de l'article 175 CP, relatif au délit de diffamation ou de calomnie contre un mort ou un absent, appliquée par analogie [20]. Cette disposition confère aux proches du défunt ou de l'absent, mais non à ses héritiers, le droit de porter plainte. Mais l'article 175 CP est manifestement étranger à la *ratio legis* de l'article 321. Si l'on accordait un droit de plainte dans les cas non prévus par la loi, cela équivaudrait à étendre la poursuite pénale en violation de l'article premier CP [21].

Il en va différemment lorsque la violation du secret professionnel a eu lieu pendant la vie de l'intéressé ou que les héritiers sont eux-mêmes lésés directement par la révélation [22]. La divulgation d'un secret après la mort de l'intéressé présente parfois un intérêt digne de protection pour les héritiers ; ainsi dans une action en annulation de dispositions à cause de mort, le témoignage du médecin du *decujus* sera peut-être déterminant. La jurisprudence allemande a notamment admis comme valable le consentement des héritiers lorsque des intérêts patrimoniaux sont en jeu [23].

En droit suisse, la faculté de délier le confident de son devoir de discrétion après le décès de l'intéressé ne se justifie pas, puisque celui-ci a toujours la possibilité de requérir de l'autorité supérieure ou de surveillance compétente l'autorisation de parler. La liberté de choix laissée aux confidents qualifiés nous paraît essentielle, eux seuls pouvant apprécier pleinement la portée et l'opportunité d'une révélation. Heim admet la validité du consentement unanime des héritiers, dans la mesure où il apparaît que le *decujus* ne se serait vraisemblablement pas opposé à la divulgation des faits couverts par le secret professionnel [24]. Ces faits ont essentiellement trait au patrimoine du défunt et

[19] Thormann, von Overbeck, t. I, *ad* art. 28 CP, n. 13, p. 133.

[20] Sieben, p. 85. Cette opinion est également partagée par Naville, p. 93.

[21] RO 87 IV (105) 107 = JdT 1962 IV (2) 4 et les références. Dans cette décision, le Tribunal fédéral a expressément exclu l'application analogique de l'article 175 CP dans le cas d'une plainte déposée postérieurement au décès de la victime.

[22] Hafter, BT, t. 2, § 135, n. 4, pp. 857/858 et les références. Naville, p. 93.

[23] Schönke, Schröder, *ad* § 203 *StGB*, n. 25, pp. 1243/1244.

[24] Heim, thèse, pp. 93/94. *Contra* : Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 227.

dans ce cas les héritiers ne peuvent se voir opposer le secret professionnel [25]. Pour le surplus il y a lieu de s'en remettre à l'appréciation du détenteur du secret.

2. Les autres conditions de validité

Deux conditions essentielles doivent en outre être remplies pour que le consentement de l'intéressé libère valablement le confident de son devoir de discrétion :

a) Le consentement doit être limité à un ou plusieurs objets déterminés et non pas général ni donné à l'avance [26]. En revanche, l'intéressé a le droit de délier son confident à l'égard de certaines personnes uniquement [27]. Le consentement peut être donné tacitement ou résulter d'actes concluants, mais dans la plupart des cas et notamment lorsque le confident est appelé à témoigner ou à produire des pièces en justice, l'accord exprès de l'intéressé est nécessaire [28].

b) Le consentement doit être « éclairé » en ce sens que l'intéressé doit en connaître la portée. Le détenteur du secret ne saurait révéler des faits que l'intéressé ne connaît pas encore et à la divulgation desquels il s'opposerait vraisemblablement. Cette condition est particulièrement importante dans le domaine médical où les patients ne savent pas tout ce que leurs médecins, infirmiers, sages-femmes, ... connaissent [29]. Même déliés du secret professionnel, les confidents qualifiés n'échappent pas à la sanction pénale s'ils divulguent des secrets inconnus de l'intéressé ou dont celui-ci apprécie mal l'importance. Cela renforce notre conviction que l'appréciation des faits soumis au secret professionnel doit être réservée au seul détenteur du secret, du moins avant qu'une plainte pénale pour violation de l'article 321 CP n'ait été déposée.

[25] Wegmann, p. 171.

[26] Schaffner, p. 34 et les références.

[27] Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 8 a, p. 781.

[28] RO 97 II (369) 370 = JdT 1972 I (579) 580. RO 98 IV (217) 218 = JdT 1973 IV 63 (rés.).

[29] On peut comparer à cet égard le consentement à la révélation au consentement à l'intervention médicale (voir Grossen, Traité, p. 84).

D. *Le recours à l'autorité supérieure ou de surveillance* [30]

L'autorisation écrite de l'autorité supérieure ou de surveillance libère de son devoir de discrétion le confident qui en a exprimé le désir. Cette autorisation a les mêmes effets que le consentement [31]. Les conditions dans lesquelles l'autorisation est délivrée ont été étudiées par de nombreux auteurs et ont fait l'objet de décisions des diverses autorités de surveillance, en matière médicale et de barreau essentiellement [32].

L'autorisation écrite n'oblige pas le requérant à en faire usage, pas plus que le consentement de l'intéressé ne l'oblige à parler. La commission de surveillance des avocats du canton de Genève l'a montré de manière explicite dans une décision du 8 janvier 1943 déjà [33]. C'est au détenteur du secret qu'il appartient de décider si les circonstances exigent une révélation. La loi n'oblige en aucun cas le professionnel à requérir une telle autorisation.

Cette faculté accordée au détenteur du secret montre que le véritable « maître du secret » n'est pas le seul intéressé, mais le confident, sur le plan pénal en tout cas.

E. *D'autres autorités peuvent-elles délier un confident qualifié du secret professionnel ?*

Aux termes de l'article 238 du code de procédure civile schwytzois, le droit de refuser de témoigner sur des faits couverts par le secret professionnel tombe lorsque le détenteur du secret a été délié de son obligation de discrétion. Dans une décision du 16 octobre 1950, constatant que ni le code de procédure civile ni la loi cantonale sur le barreau ne prévoyaient qui est habilité à délier le détenteur du secret, la Com-

[30] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, pp. 223/224.

[31] Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 8 b, p. 783.

[32] Schaffner, chap. IV, pp. 43 ss. Sieben, pp. 89-96. Blass, thèse, pp. 159/160. Heim, thèse, pp. 95/96. De nombreuses décisions rendues par les commissions de surveillance concernant des actions en recouvrement d'honoraires. Voir notamment SJ 1943, p. 362 ; RSJ 41 1945, n° 95, p. 220 et n° 96, p. 221 ; 43 1947, n° 177, p. 348 ; 45 1949, n° 28, p. 73 ; 48 1952, n° 117, p. 309 ; 54 1958, n° 158, p. 293 ; RJB 86 1944, pp. 47/48. RO 97 I 831 = JdT 1973 I 200. Certaines de ces décisions, antérieures à 1952, ont été traduites par Schaffner, pp. 53 ss. Voir également : Guldener, RSJ 44 1948, pp. 173-175 ; Langmack, p. 76.

[33] SJ 1943, p. 362.

mission de Justice du canton de Schwytz a conclu que le juge procédant à l'instruction avait cette compétence [34]. A l'appui de cette décision, elle a invoqué la connaisance du dossier par le juge qui serait le mieux placé pour décider si des motifs importants justifient la déposition du confident. La Commission a reconnu que ces motifs devaient être très importants et qu'il convenait de bien examiner les intérêts en présence. Il s'agissait en l'espèce d'obliger un avocat à produire au tribunal des pièces relatives à une succession. La décision était fondée sur l'obligation résultant pour les héritiers de l'article 610 alinéa 2 CC de se renseigner mutuellement sur leur situation envers le défunt, pour permettre une égale et juste répartition. Le refus de l'un des héritiers de délier l'avocat de son secret professionnel était injustifié. Le juge avait dès lors le droit de libérer lui-même l'avocat et de l'obliger à produire les pièces qu'il détenait.

Cette argumentation n'est pas soutenable même si le résultat final est juste. Elle ignore en particulier l'article 321 chiffre 2 CP qui restreint à l'intéressé et à l'autorité compétente la faculté de libérer le confident de son devoir de discrétion, à l'exclusion de toute autre personne et par conséquent du juge [35]. Les renseignements prévus à l'article 610 alinéa 2 CC ne sauraient toutefois être refusés aux cohéritiers [36]. L'héritier qui invoque le devoir de discrétion de son avocat pour se soustraire à ses obligations contrevient à cette disposition. De son côté, l'avocat n'a pas à craindre des sanctions pénales s'il remet aux cohéritiers de son mandant les pièces qu'il détient, en vertu de l'article 32 CP. En l'espèce, le juge aurait dû se borner à constater cette obligation et par conséquent l'inexistence du secret professionnel à l'égard des cohéritiers. Mais il ne lui appartenait pas de délier l'avocat de son devoir de discrétion, même après avoir pesé les intérêts en présence. L'article 321 chiffre 2 CP ne le permet pas.

Le Tribunal cantonal vaudois a bien vu le problème. Il a en effet jugé que « le droit fédéral ne prévoit pas que le témoin puisse être délié du secret professionnel par le juge... (et) qu'aucune disposition du droit cantonal ne donne au juge, *expressis verbis*, le pouvoir de

[34] RSJ 48 1952, nº 117, p. 309.

[35] Heim, thèse, p. 96. Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 223. *Repertorio* 78 1945, p. 232.

[36] Piotet, pp. 764/765.

délier un témoin du secret professionnel » [37]. Selon les considérants de cet arrêt, le juge doit se borner à décider jusqu'où s'étend le secret à la manière du juge pénal saisi d'une plainte pour violation de l'article 321 CP. S'il arrive à la conclusion que le confident n'est pas tenu par son devoir de discrétion, les règles ordinaires sur l'obligation de témoigner sont applicables. Dans le cas contraire, il y a lieu au préalable d'examiner dans quelle mesure le secret professionnel ne s'oppose pas au témoignage ou à la production d'une pièce. C'est l'objet de la suite de notre exposé. Mais lorsqu'un confident qualifié est soumis au secret professionnel, il ne saurait en être délié que par l'intéressé ou l'autorité compétente au sens de l'article 321 chiffre 2 CP. Nous verrons en revanche que, sous certaines conditions, il peut être contraint à parler ou habilité à le faire de son propre gré.

§ 3. Le secret professionnel et l'obligation de témoigner

Section 1. *Introduction*

Demeurent réservées, aux termes de l'article 321 chiffre 3 CP, les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice. Le législateur a donc admis que d'autres dispositions légales dérogent au secret professionnel. Pas plus cependant que le chiffre 2, le chiffre 3 de l'article 321 CP ne contraint les confidents qualifiés à révéler un secret. Une telle obligation ne résulte que d'une autre disposition légale, notamment une règle de procédure [1]. Le droit pénal se borne en effet à déterminer les infractions et les sanctions applicables.

Reconnaissant l'intérêt supérieur de certaines révélations, telles que le témoignage en justice, le législateur pénal a restreint le secret professionnel en déclarant non punissables les révélations faites conformément à une disposition légale. D'apparence très simple, l'article 321 chiffre 3 CP permet diverses interprétations. Il nous faut dès lors examiner quelles dispositions, en matière de témoignage et de production de pièces, sont effectivement réservées par le Code pénal.

[37] JdT 1960 III 122.

[1] Bull. sten. CN 1929, p. 614 (Logoz). Bull. sten. CE 1936, p. 253 (Wettstein, Martin).

Section 2 *L'article 321 chiffre 3 et la partie générale du Code pénal*

Si le droit pénal fédéral ne faisait aucune réserve en faveur des dispositions de la législation fédérale et cantonale, il faudrait envisager deux interprétations. La première, inspirée de la conception française, consisterait à considérer le secret comme absolu et primant toute obligation de révéler [1]. Une telle solution ne correspondrait certainement pas à notre manière d'envisager le secret professionnel et il suffit pour s'en convaincre de se référer aux exceptions prévues à l'article 321 chiffre 2 CP. La seconde interprétation consisterait à admettre qu'il existe un intérêt majeur à la divulgation de faits soumis au devoir de discrétion des confidents qualifiés justifiant une dérogation au Code pénal. L'impunité du détenteur du secret appelé à le divulguer serait assurée par l'article 32 CP aux termes duquel l'acte ordonné par la loi ou par un devoir de fonction ou de profession ne constitue pas une infraction. Une loi fédérale [2] ou cantonale, par exemple de procédure [3] suffirait à restreindre l'application de l'article 321 CP. Il faut d'ailleurs signaler que le Conseil national se rallia *in extremis* à une proposition du Conseil des Etats d'introduire une réserve en faveur des obligations légales de renseigner l'autorité ; il semblait à l'époque aller de soi qu'une révélation ordonnée par une loi n'était pas illicite [4].

Le Tribunal fédéral [5] a jugé qu'en vertu de l'article 32 CP, les révélations non « autorisées » au sens de l'article 321 chiffre 2 ni commandées par une loi conformément à l'article 321 chiffre 3, ne sont pas illicites dans la mesure où elles sont justifiées par un devoir de fonction ou de profession.

Cependant les plus fréquentes dérogations légales au secret professionnel résultent des dispositions statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice. Dès lors, l'article 321 chiffre

[1] L'article 378 CPF ne prévoit d'exceptions au secret professionnel, par ailleurs considéré comme absolu, qu'en matière d'avortement et de sévices ou privations sur la personne de mineurs de quinze ans (voir *supra*, n. 16, p. 30).

[2] Voir notamment l'art. 27 de la LF sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies) du 18.12.1970 (RS 818.101). Cette disposition est expliquée dans le Message du Cons. féd. du 11.2.1970 ; FF 1970 I (pp. 389 ss) pp. 426/427. L'ordonnance du Cons. féd. du 17.6.1974 énumère les maladies à déclarer (RS 818.141.1).

[3] Thormann, von Overbeck, t. I, *ad* art. 32 CP rem. I, 1, p. 137.

[4] Bull. sten. CE 1936, p. 369. Bull. sten. CN 1936, p. 1507.

[5] RO 75 IV (71) 74 = JdT 1949 IV (92) 94.

3 CP, disposition spéciale réservant expressément ces règles, paraît faire double emploi avec l'article 32 CP. La règle spéciale n'exclut toutefois pas son application [6]. Il se justifie donc d'examiner en détail l'objet et la portée de l'article 321 chiffre 3 CP, afin de déterminer l'intention du législateur et ses conséquences ; c'est l'objet de notre section 3 ci-après.

Auparavant, il convient de relever que le législateur fédéral a créé récemment, en matière de secret professionnel, deux cas d'application de l'article 32 CP, plus précisément de la réserve en faveur de « l'acte que la loi déclare permis ou non punissable » :

— L'article 14 alinéa 4 LCR [7] prévoit pour les médecins le droit d'annoncer les personnes médicalement inaptes à conduire à l'autorité de surveillance des médecins ou à l'autorité compétente pour retirer les permis. Le but de cette disposition [8] n'est pas de lever le secret médical, mais de donner au médecin la responsabilité de décider lui-même s'il convient de dénoncer un conducteur, sans devoir au préalable requérir l'autorisation prévue à l'article 321 chiffre 2 CP. Le Message du Conseil fédéral se réfère expressément à l'article 32 CP.

— De même l'article 15 de la loi sur les stupéfiants [9] autorise les médecins et les pharmaciens à signaler à l'autorité protectrice compétente ou à une institution de traitement ou d'assistance les cas d'abus de stupéfiants, dans l'intérêt du patient. Le législateur n'a pas jugé opportun d'obliger les confidents qualifiés à signaler les cas d'abus [10], préférant leur laisser la responsabilité de conserver ou non le secret.

En vertu de l'article 32 CP, ces deux dispositions nouvelles ne contredisent pas la protection pénale du secret professionnel. Elles sont en outre en accord avec la tendance que nous avons montrée et qui consiste à conférer aux professionnels la « maîtrise du secret ».

[6] Schaffner, p. 38.

[7] Introduit par la LF du 20.3.1975 (ROLF 1975, pp. 1257 ss).

[8] Message du Cons. féd. du 14.11.1973, FF 1973 II (pp. 1141 ss) pp. 1147/1148.

[9] Modifié par la LF du 20.3.1975. (ROLF 1975, pp. 1220 ss).

[10] Message du Cons. féd. du 9.5.1973, FF 1973 I (pp. 1303 ss) p. 1318.

Il faut enfin signaler l'application éventuelle des dispositions sur l'état de nécessité (article 34 CP) et la légitime défense (article 33 CP). En vertu de l'article 321 chiffre 2 CP, ces dispositions n'ont qu'une portée restreinte aux seuls cas où le confident est dans l'impossibilité de consulter en temps utile l'intéressé ou l'autorité compétente [11]. Il en va de même si une telle autorité n'existe pas pour la profession concernée. Dans ces cas et lorsque les autres conditions sont remplies, l'impunité est assurée au confident qui « viole » son devoir de discrétion en état de légitime défense ou de nécessité.

Section 3 *La portée de l'article 321 chiffre 3 du Code pénal*

A la lecture du rapport de la Commission du Conseil national [1], il apparaît que l'introduction par le Conseil des Etats du chiffre 3 à l'article 285 du projet de Code pénal s'explique par la difficulté de concilier l'obligation de respecter le secret professionnel, sanctionnée par le droit fédéral, et les dispositions fédérales et cantonales qui prévoient une obligation plus ou moins étendue de renseigner les autorités administratives ou judiciaires. Il importait de préciser les rapports qui existeraient, dès l'entrée en vigueur du Code pénal, entre celui-ci et les lois cantonales et fédérales. Pour le rapporteur de la Commission [2], l'article 321 chiffre 3 n'était pas indispensable. Il ne s'agirait donc que d'un simple rappel de l'article 32 CP, adapté au délit de violation du secret professionnel. Mais alors quelle nécessité y avait-il d'introduire cette réserve dans la partie spéciale du Code pénal ?

[11] Selon Heim (thèse, p. 128), l'art. 34 CP peut être appliqué également lorsque l'autorité compétente tarde à donner sa réponse et que la vie de quelqu'un est en jeu. En revanche, il exclut l'application de l'art. 33 CP, contraire selon lui au contrôle de l'autorité institué à l'art. 321, ch. 2 CP. Dans le même sens : Langmack, p. 77 ; Schaffner, p. 38.

Pour consulter un confrère, le médecin traitant doit théoriquement obtenir au préalable le consentement de son patient et ne peut invoquer le devoir de profession (RJB 90 1954, p. 410). En revanche, il peut se trouver en état de nécessité. Pratiquement la question ne se pose jamais, les patients ne considérant en général pas le recours à un autre médecin comme une violation du secret professionnel. En conséquence, ils ne portent pas plainte.

[1] Bull. sten. CN 1936, p. 1505 (Lachenal).

[2] Bull. sten. CN 1936, p. 1505.

Le caractère unique de l'article 321 chiffre 3 CP est le signe d'une volonté délibérée du législateur, et non d'un simple rappel de la partie générale, inutile à cet endroit. Il faut se garder de conclure qu'en matière de témoignage et de production de pièces, l'article 321 chiffre 3 permet au législateur cantonal d'ordonner l'audition comme témoins des confidents qualifiés, au même titre que n'importe quel justiciable [3]. Une telle déduction est d'autant moins admissible que la réserve de l'article 321 chiffre 3 ne concerne que les obligations de renseigner les autorités.

Toutes les lois de procédure civile et pénale, fédérales et cantonales, prévoient des exceptions à l'obligation de témoigner en faveur des principales professions soumises au secret professionnel [4]. Le problème se pose toutefois lorsque les confidents qualifiés sont tenus de renseigner la justice nonobstant leur devoir de discrétion, en particulier lorsque l'intéressé a consenti à la révélation conformément à l'article 321 chiffre 2 CP. Une telle extension de l'obligation de témoigner et de produire des pièces n'est à notre sens compatible avec le droit pénal fédéral que si elle est conforme non pas à l'article 32 CP, mais à l'article 321 chiffre 3 CP et lui seul. Logoz distingue résolument les deux dispositions, mais tire de la seconde la conclusion que l'obligation générale de témoigner est applicable de plein droit aux personnes astreintes au secret professionnel, si la loi de procédure applicable ne fait aucune exception en leur faveur [5]. Cela revient à notre sens à nier toute distinction entre les deux dispositions et à considérer l'article 321 chiffre 3 CP comme un rappel de l'article 32.

Ne pouvant admettre qu'un confident qualifié soit tenu de témoigner d'une manière générale, Schaffner émet sans la justifier l'hypothèse que, malgré l'article 321 chiffre 3 CP, le devoir de discrétion prime celui de renseigner la justice [6]. Cette opinion, largement répandue en doctrine, pose toutefois la question du sens même de la disposition qui dit apparemment le contraire.

Les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice sont réservées par une disposition particulière, s'appliquant uniquement au

[3] Pfenninger, p. 225.
[4] Hinderling, RDS 80 1961 II, p. 436. Hauser, *Der Zeugenbeweis*, pp. 201 ss.
[5] Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, n. 9, p. 783.
[6] Schaffner, p. 33.

délit de violation du secret professionnel. Dans la mesure où elle déroge à la partie générale, cette disposition prime en qualité de *lex specialis* les principes généraux du droit pénal, en particulier l'article 32 CP. Contrairement à cette disposition générale, la réserve en faveur des obligations de renseigner et de témoigner n'a pas pour conséquence de supprimer le caractère délictueux de toutes les révélations, pourvu qu'elles soient commandées par une loi. L'article 321 chiffre 3 CP ne postule pas que l'intérêt public prime l'intérêt au secret professionnel par le simple fait qu'une loi institue l'obligation générale de renseigner. Ce serait méconnaître le fondement de la protection pénale du secret professionnel que d'admettre qu'une révélation puisse être exigée sur la base d'une telle disposition ; ce n'est pas le but de l'article 321 chiffre 3 CP [7].

La règle contenue à cet article déroge à la partie générale du Code pénal. Cette dérogation est restrictive, en raison du caractère spécifique du secret professionnel. La confiance indispensable dans les rapports professionnels des confidents qualifiés implique en effet une discrétion totale de leur part, même et peut-être surtout à l'égard de l'autorité. Si cette discrétion n'est pas assurée, l'existence du secret professionnel devient illusoire et l'intérêt de la protection pénale disparaît en partie. La doctrine récente a d'ailleurs évolué de façon très sensible et tend à conférer au dépositaire du secret un droit absolu au silence, à l'instar de la doctrine française. Le principe du silence est un des fondements du secret professionnel, même si exceptionnellement une divulgation s'impose. Avec l'introduction du chiffre 3, le législateur fédéral a écarté la conception du secret absolu, sans pour autant la méconnaître entièrement. Il aurait pu aller plus loin et proscrire toute divulgation, mais il a préféré laisser aux cantons la liberté d'obliger ou non les confidents qualifiés à témoigner.

Selon nous, l'article 321 chiffre 3 CP ne permet pas l'audition d'un confident qualifié fondée uniquement sur une disposition générale statuant l'obligation de renseigner ou de témoigner en justice. Il exige une disposition dérogeant expressément au secret professionnel protégé par le droit pénal [8]. En conséquence, le confident qualifié n'est tenu

[7] Frey, p. 44.

[8] Cette opinion est loin d'être partagée de manière unanime par la doctrine. L'un des plus ardents défenseurs est certainement Frey qui en fait l'un des thèmes de sa contribution à l'ouvrage publié à l'occasion du septantième

de témoigner en violation de son devoir de discrétion que si une disposition particulière de la loi de procédure applicable le prévoit. La principale caractéristique de l'article 321 chiffre 3 CP n'est pas tellement de limiter le secret professionnel, mais bien d'éviter que n'importe quelle disposition légale permette d'y déroger. Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral serait violé si un confident qualifié était contraint à témoigner alors que la loi applicable ne l'y oblige pas [9]. L'exigence d'une disposition expresse présente le double avantage de ne pas empiéter de manière directe dans le domaine de la procédure et d'éviter de priver le secret professionnel, par une disposition procédurale, d'une grande partie de son efficacité. Il est toutefois regrettable que le texte de la disposition ne l'exprime pas de manière plus évidente.

Aucun de nos codes fédéraux et cantonaux de procédure civile et pénale n'astreint expressément les confidents qualifiés à renseigner le juge. On y trouve en revanche de nombreuses exceptions à l'obligation générale de témoigner ou de produire des pièces en faveur des professions soumises au secret professionnel. Certaines lois prévoient le témoignage obligatoire lorsque le confident a été délié de son secret [10].

A défaut d'une disposition expresse, le confident qualifié non seulement peut, mais doit refuser de divulguer ce qui lui a été confié en vertu de sa profession ou qu'il a appris dans l'exercice de celle-ci [11]. S'il le révélait néanmoins, le délit de violation du secret professionnel serait constitué [12]. Le risque est cependant minime si l'on songe que notre interprétation de l'article 321 chiffre 3 CP permet à chaque personne exerçant l'une des professions visées par le secret professionnel de connaître exactement l'étendue de son obligation de renseigner les autorités [13]. Si la loi applicable n'impose aucune obligation aux membres de

anniversaire du professeur Pfenninger (voir notamment p. 46). On compte également parmi ses partisans : Guldener, p. 362, n. 27, *litt.* a. Meier-Hayoz, RSJ 45 1949, p. 6. Piccard, p. 57. Dagon, p. 3. Blass, thèse, pp. 133 et 144 ; RSJ 62 1966, p. 339. Müllhaupt, pp. 101/102. Parmi les opposants nous trouvons notamment : Logoz, t. II, *ad* art. 321 CP, p. 783. Comtesse, RPS 56 1942, p. 267. Sieben, p. 98. Hafter, BT, t. 2, p. 859. Il est frappant de constater que de nombreux auteurs n'admettent pas la nécessité d'une dérogation expresse au secret professionnel instituée à l'art. 321 ch. 3 CP, mais déplorent la trop grande brèche créée selon eux par cette disposition dans un secret qu'ils souhaiteraient plus absolu (voir notamment, Hinderling, RDS 80 1961 II, pp. 435/436).

[9] Bridel, t. I, nº 97, p. 190.

[10] Voir *infra*, p. 78.

[11] Blass, RSJ 62 1966, p. 339.

[12] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, pp. 233/234.

[13] Voir Blass, thèse, p. 135.

sa profession, cette personne a l'assurance que son refus de témoigner ne l'expose pas à des sanctions pénales.

La jurisprudence cantonale n'est pas unanime à propos de l'article 321 chiffre 3 CP ; deux exemples suffisent à le démontrer.

Dans un arrêt du 9 octobre 1959, le Tribunal d'accusation du canton de Vaud a admis que seule une disposition expresse du code de procédure permettait de déroger au secret professionnel d'un notaire et qu'à ce défaut le juge ne pouvait pas délier le détenteur de son devoir de discrétion [14]. En revanche, la première chambre civile du Tribunal cantonal zurichois a jugé que l'article 321 chiffre 3 CP ne posait pas d'exigence particulière [15]. L'article 187 chiffre 2 du code zurichois de procédure civile prévoit que les ecclésiastiques, les médecins et les avocats jouissent du droit de refuser de témoigner, sauf s'ils ont été au préalable déliés de leur devoir de discrétion. Au dire du Tribunal zurichois, ces professions sont privilégiées, toutes les autres étant soumises à l'article 188 du code de procédure civile qui dispose que « *die Mitteilung von Berufs-, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen kann dem Zeugen nach freiem Ermessen des Gerichtes erlassen werden* ». Nous pensons que ce raisonnement est erroné et que les personnes qui ne bénéficient que d'un droit relatif de refuser de témoigner sont uniquement celles qui ne sont pas visées par l'article 321 CP, comme les psychologues, journalistes et autres confidents ordinaires. Pour la Cour zurichoise, les confidents non privilégiés sont tenus de témoigner selon la libre appréciation du Tribunal. Cette opinion nous paraît contraire au principe de la force dérogatoire du droit fédéral, puisqu'elle autorise le juge à délier un confident qualifié, notamment un pharmacien, du secret professionnel, alors que l'article 321 chiffre 2 CP l'interdit [16].

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité d'une disposition cantonale avec l'article 321 CP [17]. Il a ainsi admis l'article 90 du code de procédure pénale du canton des Grisons qui dispose, à son 3e alinéa, que lorsqu'il y a eu crime, la délégation du Tribunal cantonal décide, à la requête du Ministère public et en tenant compte de toutes les circonstances, si les médecins, les avocats et les

[14] JdT 1960 III (122) 124.
[15] *BlZR* 55 1956, no 108, p. 221.
[16] Voir dans le même sens *Repertorio* 78 1945, p. 236.
[17] RO 91 I 200 = JdT 1966 I 295.

notaires auront à déposer. Notre Haute Cour a insisté sur la restriction imposant la prise en considération de toutes les circonstances. Elle considère donc la disposition grisonne non comme une exception à l'obligation générale de témoigner en faveur des médecins, avocats et notaires, mais comme une dérogation à leur droit de refuser de témoigner en raison du secret professionnel, dérogation conforme à l'article 321 chiffre 3 CP. Il est vraisemblable dans ces conditions que le Tribunal fédéral n'aurait pas admis que l'on oblige à témoigner un confident qualifié que l'article 90 du code grison de procédure pénale ne mentionne pas.

L'exigence fédérale d'une disposition expresse de la loi de procédure obligeant les professionnels soumis à l'article 321 CP à témoigner ou à produire des pièces doit être interprétée de manière stricte. Elle existe pour chacune des lois prévoyant une telle obligation, notamment celles de procédure civile et pénale, indépendamment les unes des autres. Il ne saurait être question en conséquence d'étendre une obligation expresse d'une loi pour l'appliquer par analogie dans un domaine régi par une autre. Ainsi les dispositions d'une loi de procédure civile concernant les confidents qualifiés ne justifient pas l'audition d'un témoin soumis au secret professionnel dans un procès pénal si le code de procédure pénale ne prévoit ni exception au devoir de discrétion du témoin ni application analogique de la disposition de procédure civile. Cette interprétation peut certes donner lieu à des situations peu satisfaisantes, notamment lorsqu'en procédure civile le devoir de témoigner des confidents qualifiés est plus étendu qu'en procédure pénale [18]. Nous pensons cependant qu'il s'agit dans ce cas d'une contradiction propre au droit cantonal, dont le droit fédéral n'a pas à tenir compte. En droit, elle ne justifie pas l'application par analogie de la disposition la moins favorable au maintien du secret. En l'admettant, on ne supprimerait en outre pas les différences entre les divers cantons. L'article 321 chiffre 3 CP permet aux Etats confédérés de limiter la portée du secret professionnel, mais ils ne peuvent le faire qu'en respectant, dans chacune de leurs

[18] Pfenninger affirme pour sa part qu'il y a lieu d'appliquer par analogie en procédure pénale les dispositions de la procédure civile dérogeant au secret professionnel absolu, dans la mesure où elles imposent le témoignage du confident qualifié délié de son devoir de discrétion par l'intéressé. Il confirme ainsi un arrêt du 10.10.1955 de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, non publié au RO, mais qu'il cite en note (p. 232 texte et n. 37). Hauser approuve également cette décision dont il cite de larges extraits (*Der Zeugenbeweis*, pp. 230 ss).

lois, les conditions posées. Cela évite notamment qu'un simple oubli du législateur cantonal ne porte atteinte au devoir des confidents qualifiés. Nous nous opposons dès lors fermement à toute application par analogie, les cantons étant seuls compétents pour harmoniser, s'il y a lieu, leurs lois de procédure.

Une interprétation trop stricte des conditions posées par l'article 321 chiffre 3 CP pour déroger au secret professionnel conduirait toutefois à des solutions allant en définitive à l'encontre du but de l'article 321 CP. L'exigence d'une disposition expresse ne vise pas chaque profession séparément, mais chaque groupe de professions.

Les auxiliaires et les étudiants sont soumis au secret professionnel, au même titre que ceux qu'ils assistent ou dont ils suivent l'enseignement. En exigeant que la disposition dérogeant au secret professionnel les mentionne également, on accorderait sans motif un privilège à des professionnels subalternes dont le devoir de discrétion est lié étroitement à celui d'autres confidents. Toute dérogation à un secret professionnel concerne aussi le devoir de discrétion des auxiliaires et des étudiants [19].

Nous avons vu [20] que l'article 321 CP visait essentiellement trois groupes de professions : les ecclésiastiques, les avocats et les médecins. L'exigence d'une disposition expresse s'applique évidemment à ce stade. Si une disposition de procédure déroge au secret médical uniquement, les deux autres groupes ne sont pas concernés et doivent selon nous être mis au bénéfice d'une exception au devoir général de témoigner. En revanche, plusieurs professions mentionnées par le Code pénal présentent des similitudes qui justifient leur regroupement en matière de secret professionnel.

Nous avons ainsi distingué cinq groupes : 1. les ecclésiastiques ; 2. les médecins, dentistes, sages-femmes et pharmaciens ; 3. les avocats et défenseurs ; 4. les notaires ; 5. les contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du Code des obligations. Dans les deux groupes comprenant des professions distinctes, une disposition légale imposant le témoignage des personnes pratiquant l'une ou l'autre permet d'exiger le témoignage des autres praticiens du même groupe, sans que la loi ne le dispose nécessairement. Lorsqu'un avocat est tenu de témoigner ou de produire des pièces malgré son secret professionnel, un défenseur

[19] Noll, *Festgabe*, p. 139.
[20] Voir *supra*, pp. 38 ss.

l'est aussi ; de même pour les dentistes, pharmaciens et sages-femmes, lorsque la loi prévoit que le médecin doit témoigner. La similitude des professions, voire leur étroite dépendance, supprime toute justification à l'exigence d'une mention expresse pour chacune d'elles.

Aucune disposition de procédure fédérale ou cantonale n'astreint expressément les défenseurs, les dentistes, pharmaciens et sages-femmes à témoigner sans obliger également les avocats et les médecins. Mais une disposition soumettant les sages-femmes par exemple à l'obligation de témoigner ne permettrait pas d'exiger aussi la déposition d'un médecin. Le regroupement que nous proposons n'est pas réciproque. Il part du principe que le détenteur dont l'obligation de discrétion est la plus étendue, soit le médecin ou l'avocat, ne saurait être tenu de parler si les autres membres du groupe ne le sont pas ; l'inverse n'est pas vrai et l'exigence d'une dérogation expresse demeure.

Hormis cette réserve, l'application restrictive de l'article 321 chiffre 3 CP que nous préconisons exige, pour déroger au secret professionnel, une disposition expresse qui vise l'ensemble des professions concernées ou celles de chaque groupe distinctement. Les confidents non mentionnés par la loi applicable ne sauraient être contraints de divulguer un secret professionnel. Toutes les exceptions prévues par les diverses lois en faveur des confidents qualifiés sont superflues, puisque par le jeu de l'article 321 chiffre 3 CP l'obligation de témoigner et de produire constitue l'exception, lorsqu'il s'agit de faits tombant sous le coup du secret professionnel. Dans l'esprit du Code pénal la règle est le droit, sinon l'obligation, de refuser de renseigner les autorités, à moins que la loi de procédure ne prévoie expressément le contraire.

Relevons enfin que le législateur fédéral est allé encore plus loin à l'article 15 alinéa 2 de la loi sur les stupéfiants [21]. L'obligation de respecter le secret professionnel et de fonction, au sens du Code pénal, est étendue au personnel de l'autorité protectrice compétente et des institutions auxquelles les médecins et pharmaciens sont autorisés à signaler, de leur propre chef, les abus de stupéfiants [22]. La loi précise en outre que « ce personnel n'est pas obligé de témoigner en justice ou de

[21] Voir *supra*, p. 69 texte et n. 9.

[22] En raison de la liste exhaustive des professions soumises au secret professionnel, cette disposition nous paraît contestable. Il eût mieux valu considérer les collaborateurs de ces autorités ou institutions comme des auxiliaires médicaux.

renseigner dans la mesure où ses déclarations concernent la situation de la personne protégée ou une infraction visée à l'article 19 a ». Cette disposition nous paraît dépasser la compétence fédérale en matière de procédure, strictement limitée par les articles 64 et 64 bis de la Constitution. On peut douter en outre de l'opportunité de reconnaître le droit à un secret plus absolu que le secret médical à des personnes qui sont le plus souvent les auxiliaires d'un confident qualifié. Une simple référence à l'article 321 CP eût été préférable. Il n'en demeure pas moins que cette disposition est caractéristique de la tendance actuelle en matière de secret professionnel. Le confident qualifié est de plus en plus considéré comme le véritable « maître du secret ». C'est une raison supplémentaire pour exiger des législateurs cantonaux qu'ils précisent expressément quel confident doit témoigner et à quelles conditions. A défaut, le droit de se taire résulte de la force dérogatoire de l'article 321 CP.

Section 4 *L'obligation de témoigner du confident délié de son devoir de discrétion*

L'article 321 CP n'est pas une disposition de procédure et n'impose, dans ce domaine, aucune obligation aux confidents qualifiés. Le consentement de l'intéressé, de même que l'autorisation de l'autorité compétente, permettent au détenteur du secret de le révéler licitement, mais ne l'y obligent pas. Dans la mesure où le confident le juge bon, il est fondé à révéler des faits soumis au secret professionnel sans risquer des poursuites pénales [1]. Cela étant, une loi de procédure peut parfaitement prévoir que lorsque l'intéressé a consenti à la révélation du secret, le prêtre, le médecin, l'avocat doivent parler. Qu'en est-il en revanche lorsque la loi applicable ne dit rien ?

On peut certes affirmer que le maintien du secret ne se justifie plus lorsque l'intéressé a consenti au témoignage. Si le consentement est valable, le délit de violation du secret professionnel est impossible et l'article 321 CP n'est plus applicable [2]. Du point de vue pénal, rien ne s'oppose donc à ce que les confidents déliés de leur devoir de discrétion soient assimilés aux autres justiciables et soumis à l'obligation

[1] Frey, p. 42. *Contra* : Pfenninger, p. 232. Noll, *Festage*, p. 138.
[2] Müllhaupt, p. 107.

générale de renseigner la justice. Mais il ne faut pas oublier que le secret professionnel protège aussi l'intérêt général, notamment en favorisant le bon exercice de certaines professions. En outre, en sa qualité de spécialiste, le confident qualifié est le plus compétent pour apprécier si une révélation s'impose, dans l'intérêt de son client. Celui-ci au contraire ne se rend parfois pas bien compte de la portée de son consentement. Dans ce cas, le consentement n'est pas valable, mais seul le confident le sait, à l'exception de tout autre, donc aussi du juge. Les circonstances dans lesquelles le consentement est donné influent également sur la décision de l'intéressé. S'il craint en effet que son refus ne soit interprété en sa défaveur dans le procès, son accord n'est pas libre. Toutes ces raisons militent en faveur de la plus grande liberté du confident qualifié, même lorsqu'il est libéré par l'intéressé de son devoir de discrétion.

Nous pensons que lorsque la loi de procédure applicable ne dit rien, celui qui n'est plus tenu au secret professionnel ne doit pas pour autant être assimilé à un témoin ou un détenteur de pièces quelconques. Il continue à bénéficier du droit de refuser de témoigner, mais sans être tenu d'en faire usage [3]. Le but du secret professionnel implique l'extension du principe découlant de l'article 321 chiffre 3 CP à l'obligation de renseigner des confidents déliés de leur devoir de discrétion. Ainsi, seule une disposition expresse permettrait d'obliger un confident à témoigner, comme lorsque l'article 321 chiffre 3 CP est applicable [4].

Cette opinion n'est pas celle du Tribunal fédéral qui a récemment jugé que le médecin délié du secret professionnel était soumis à l'obligation générale de témoigner, selon la procédure applicable [5]. L'intéressé pourrait donc obliger le confident à dire ce qu'il sait ; il serait le seul « maître du secret ». Cette interprétation va à l'encontre de la tendance actuelle qui confère la responsabilité du secret au professionnel et qui n'est concevable que si celui-ci décide librement s'il doit ou non parler.

Les législateurs cantonaux demeurent naturellement libres de soumettre les confidents déliés à l'obligation de témoigner, mais ils doivent le dire clairement. A notre avis, il serait souhaitable qu'ils ne fassent pas usage de ce droit, ou alors seulement dans les cas où un intérêt supérieur l'exige absolument.

[3] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 233.
[4] Voir par exemple art. 42 PCF.
[5] RO 97 II (369) 370 = JdT 1972 I (579) 580.

Section 5 *Conclusion*

Le caractère absolu conféré au secret professionnel des ecclésiastiques, des médecins et des avocats par une partie de la doctrine et de la jurisprudence actuelles n'empêche pas le législateur de statuer une obligation de renseigner l'autorité [1]. C'est à cette exigence que répond indirectement l'article 321 chiffre 3 CP qui réserve les dérogations légales au secret professionnel, mais les restreint en même temps aux seuls cas expressément prévus par la loi applicable.

L'article 321 du Code pénal ne constitue pas à proprement parler un empiètement du droit fédéral dans le domaine de la procédure. Si le législateur avait voulu intervenir dans ce domaine réservé aux cantons par le biais du secret professionnel, il aurait dû le formuler clairement [2]. Pourtant, la liberté des cantons en matière d'obligation de témoigner et de produire des pièces en justice est restreinte doublement : les personnes astreintes au secret professionnel ne tombent pas sous le coup des dispositions générales en la matière et ne sont tenues de déposer, sur des faits couverts par le secret, que si une disposition de la loi applicable le prévoit expressément ; en outre la qualité de professionnel soumis à l'article 321 CP ainsi que l'étendue du devoir de discrétion sont des notions de droit fédéral dont le juge doit obligatoirement tenir compte [3]. Il s'agit bien entendu là d'un minimum que les cantons sont libres de dépasser en accordant plus largement le droit de refuser de témoigner ou de produire.

Le droit de la Confédération s'applique tant que le droit cantonal n'en a pas disposé autrement. Ainsi, ce sont les cantons qui ne prévoient pas d'exceptions à l'obligation générale de témoigner en faveur des confidents qualifiés, qui sont, parfois à leur insu, les plus favorables au maintien absolu du secret professionnel. Selon l'article 321 chiffre 3 CP tel que nous l'avons interprété, les professionnels doivent en effet invoquer l'absence de dispositions expresses les concernant pour refuser de révéler des faits soumis à leur devoir de discrétion.

Sans opter entièrement pour un secret professionnel dont le détenteur serait le seul maître, notre législateur a voulu limiter les dérogations imposées à ce devoir de discrétion par des intérêts supérieurs

[1] Graven, RSJ 56 1960, p. 305.
[2] RO 95 I (439) 448 = JdT 1970 I (290) 299.
[3] *Contra* : *Repertorio* 78 1945, p. 236.

commandant une révélation. Meier-Hayoz [4] fait état de quatre systèmes possibles pour fixer les rapports entre le secret professionnel et les obligations de renseigner les autorités judiciaires et administratives : le premier est le système français qui reconnaît au secret professionnel un caractère absolu, excluant toute dérogation [5]. Une autre solution consiste à restreindre le secret professionnel en ce sens que les seules dérogations admissibles sont celles expressément prévues par la loi. Le troisième système ne permet d'accorder aux confidents qualifiés le droit d'invoquer leur devoir de discrétion que dans la mesure où la loi applicable le prévoit. Enfin, l'absence totale de secret professionnel face aux autorités, système du droit anglo-saxon. Le législateur helvétique s'est attaché à la deuxième possibilité et a laissé à chaque canton le soin de déterminer s'il veut ou non déroger au secret professionnel. Compte tenu notamment des possibilités offertes par l'article 321 chiffre 2 CP, cette solution nous paraît la mieux adaptée, à la fois aux exigences de l'administration de la justice et au but visé par l'institution du secret professionnel. Si la loi applicable ne dit rien, le détenteur du secret ne saurait être tenu de le révéler, mais il peut, s'il le juge bon, requérir le consentement de l'intéressé, voire l'autorisation de l'autorité compétente. Il nous paraît toutefois préférable que les lois de procédure, comme c'est généralement le cas, confirment par des dispositions expresses le droit de refuser de témoigner des confidents qualifiés. Ces dispositions ont en effet l'avantage de rappeler aux confidents comme aux juges l'existence du secret professionnel ; elles sont particulièrement nécessaires lorsque la loi prévoit des dérogations au droit de refuser de témoigner ou de produire des confidents qualifiés.

[4] Meier-Hayoz, RSJ 45 1949, p. 5.

[5] A deux exceptions près, voir *supra*, n. 1, p. 68.

Chapitre II

LE SECRET BANCAIRE

§ 1 Introduction

Le secret bancaire helvétique a toujours fait l'objet de critiques à l'étranger, voire de violentes attaques [1]. Les pourparlers entre notre pays et les Etats-Unis d'Amérique, en vue de conclure le traité d'entraide judiciaire en matière pénale signé le 25 mai 1973 [2], comme aussi le récent procès dirigé en Suède contre un banquier suisse pour trafic de devises, ont contribué à remettre au premier plan de l'actualité une question âprement discutée, à l'intérieur comme à l'extérieur de nos frontières : le secret professionnel du banquier [3].

Quel est donc ce secret professionnel, ou plutôt cette « conception particulière du devoir de discrétion du banquier » [4] ? Peut-il ou peut-elle être comparé au devoir de discrétion des confidents qualifiés, et sinon quelles sont ses conséquences sur l'obligation de témoigner et de produire des pièces en justice civile et pénale ? C'est à cette double question que nous allons tenter de répondre dans ce chapitre.

[1] Message du Cons. féd. à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur les banques. FF 1970 I (pp. 1157 ss) p. 1175. Voir Schönle, *Le secret bancaire*, p. 177 ; également le récent ouvrage de Jean Ziegler, *Une Suisse au-dessus de tout soupçon*, Paris 1976.

[2] FF 1974 II, p. 582. Voir à ce propos : Wicki, RSJ 70 1974, pp. 341-349. M. Aubert, *Le secret bancaire*, pp. 17 ss.

[3] Bull. sten. CE 1970, pp. 302/303 (Celio).

[4] Expression empruntée à Golay, p. 307.

§ 2 Définition et nature du secret bancaire

Nous avons dit plus haut [1] que l'observation d'une certaine discrétion dans l'exercice de toutes les professions où interviennent des rapports sociaux fondés sur la confiance entre partenaires ne justifie pas nécessairement l'existence d'obligations particulières à la charge de ceux qui exercent ces professions ni, par conséquent, de droit en faveur de leurs « clients ». Il faut en outre une règle coutumière, une clause contractuelle spéciale ou une obligation légale desquelles résulte le devoir de taire les faits appris dans l'exercice de la profession. Le secret professionnel du banquier est une obligation contractuelle accessoire de discrétion, que la jurisprudence a défini comme le devoir incombant aux banquiers et à leurs employés de garder le silence sur tous les faits dont ils ont connaissance par leur activité professionnelle [2]. Cette obligation des établissements bancaires et de leur personnel est connue depuis fort longtemps, en Suisse comme à l'étranger, et n'est contestée ni par la doctrine ni par la jurisprudence du Tribunal fédéral, constante en cette matière dès avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne de 1934 [3].

La majorité des auteurs parlent indifféremment de secret professionnel pour qualifier le devoir de discrétion du banquier et celui des personnes visées par l'article 321 CP. Seul Capitaine distingue obligation de discrétion et secret professionnel, celui-ci étant caractérisé par une sanction pénale [4].

Nous ne pensons pas que l'obligation à laquelle la banque est tenue soit en tous points comparable au secret professionnel du médecin, de l'avocat ou du notaire, bien que cette opinion soit répandue, particulièrement parmi les auteurs proches des milieux bancaires [5].

La condition fondamentale d'un véritable secret professionnel

[1] *Supra*, chap. I, p. 27.

[2] Rivier.

[3] Delachaux, thèse, p. 12 et les ouvrages cités. Capitaine, thèse, chap. V : la jurisprudence suisse en la matière, pp. 176-182.

[4] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, pp. 32 ss. Nous pouvons lire sous la plume de cet auteur (pp. 35/36) : « Il n'en est pas moins vrai que l'art. 47, *litt.* b) de la loi en question (soit de la loi fédérale non révisée sur les banques), institue à n'en plus douter, le secret des banques dans le sens et avec la valeur d'un véritable secret professionnel. »

[5] Voir notamment : M. Aubert, FJS 69, p. 1. Delachaux, *Le problème du secret bancaire*, p. 331.

réside [6] dans un rapport de confidence nécessaire entre le détenteur du secret et l'intéressé. Il est vrai qu'en raison de la multiplicité, de la diversité et de la nature des missions qui leur sont confiées, les banquiers apprennent sur leurs clients, voire sur des tiers, des faits appartenant à la sphère intime de ceux-ci. De même que les confidents qualifiés, les banquiers connaissent des secrets de la bouche même des intéressés ou simplement dans l'exercice de leur profession. Nous ne pensons toutefois pas qu'il s'agisse réellement là de confidences nécessaires, indispensables à l'accomplissement du mandat confié. Il n'existe aucune obligation de recourir aux services des banques. Rien ne permet dès lors de reconnaître aux banquiers une qualité particulière de confidents. Il peut certes arriver que ceux-ci soient tenus de garder le silence sur des faits n'ayant aucun rapport avec leur activité, mais surpris par eux dans l'exercice de leur profession. Mais celui qui s'adresse, de propos délibéré, à un banquier comme à son confesseur, son médecin ou son avocat, et saisit l'occasion des relations d'affaires qui existent entre eux pour lui « ouvrir son cœur » ne saurait se prévaloir du secret bancaire. Si un employé de banque s'aperçoit, en effectuant des paiements pour le compte d'un client, que celui-ci entretient de cette manière un enfant illégitime, il va de soi que cette découverte est soumise à la discrétion professionnelle de l'employé. Si au contraire, c'est le client qui, sans que cela soit nécessaire, informe le banquier de sa paternité illégitime, on ne peut pas parler de confidence nécessaire. Cela ne veut cependant pas dire que cette révélation n'est pas couverte par le secret bancaire. Ce double exemple montre la différence essentielle que nous voyons entre la confidence faite à un médecin ou un avocat d'une part, et celle faite à un banquier de l'autre. Dans le premier cas en effet, l'exercice de la médecine ou du barreau exige du praticien une connaissance parfois très approfondie de la personnalité et de l'entourage du client, alors que dans le cas du banquier, si certaines confidences sont parfois inévitables, elles sont toujours limitées et ne sont jamais « nécessaires » [7].

Le secret bancaire ne constitue pas un privilège de ceux qui y sont soumis, c'est-à-dire les banques et leur personnel [8]. C'est un droit indi-

[6] Voir *supra*, chap. I, p. 28.

[7] Voir *supra*, chap. I, p. 28.

[8] Sur les personnes soumises au secret bancaire voir Message du Cons. féd. FF 1970 I 1196/1197 ; M. Aubert FJS 69 a, p. 1/2.

viduel de chaque citoyen à la protection de ses intérêts [9]. L'obligation de discrétion du banquier sert aussi les intérêts de la profession, qui en tire argument pour attirer les clients soucieux de préserver le plus grand secret sur leurs affaires. Mais cet intérêt est démuni de protection juridique [10]. Le seul intérêt protégé en l'espèce est celui du client et de ses ayants cause, qui sont les « maîtres du secret ». Ne nécessitant nullement des confidences très étendues, l'exercice de la profession ne serait pas mis en péril par l'absence de devoir de discrétion particulier à la charge de ceux qui s'y adonnent [11]. L'intérêt public n'est à notre sens pas en jeu ; il se situerait plutôt à l'opposé du secret bancaire dans bien des cas. Les exceptions prévues par le droit public sont nombreuses et nous aurons l'occasion d'examiner celles ayant trait à la procédure.

Ainsi, contrairement au secret professionnel, le secret bancaire ne repose pas sur l'intérêt qu'aurait la collectivité à ce que la profession de banquier soit exercée dans les meilleures conditions possibles [12]. Sur ce point également, le secret se distingue du devoir de discrétion des confidents qualifiés. L'intérêt public existe précisément lorsqu'il y a confidence nécessaire, ce qui n'est pas le cas dans les relations entre le banquier et son client [13].

Les confidences de nature privée faites aux banquiers sont parfois très étendues. Les banquiers sont souvent consultés sur des problèmes économiques étroitement liés à la vie intime de leurs clients ou de la famille de ceux-ci. Dans le domaine des affaires, les banques effectuent des opérations dont la divulgation aurait des conséquences graves pour

[9] Bull. sten. CN 1970, p. 743 (Hummler). Bull. sten. CE 1970, p. 299 (Clerc). De même le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence déjà ancienne, déclarait : « ... si l'on devait considérer le secret des banques comme un droit de la personnalité, ce droit appartiendrait au client de la banque, non à la banque elle-même » RO 64 I 190. Voir également SJ 1939, p. 402. Les banquiers eux-mêmes partagent ce point de vue. Voir Matter, p. 8.

[10] Perrin, RSJ 45 1949, p. 146, n. 7 bis.

[11] S'il est actuellement très répandu, le secret bancaire n'est pas pour autant sanctionné pénalement dans toutes les législations étrangères (voir à ce propos, Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, chapitre VI, pp. 198 ss ; Lüscher, p. 69 ainsi que : *Le secret bancaire dans la CEE et en Suisse*, Paris 1974). Dans le même sens, Perrin, RSJ 45 1949, p. 147.

[12] L'intérêt public est aussi concerné, de manière indirecte en tout cas, par l'attrait indiscutable que représente pour certains investisseurs étrangers le secret bancaire helvétique (voir Capitaine, Droit et Vérité, p. 44). Il s'agit toutefois d'un simple intérêt de fait, différent de l'intérêt juridiquement protégé.

[13] Capitaine, thèse, p. 785.

leurs clients [14]. Ce type de relations justifie l'obligation particulière de discrétion du banquier.

Capitaine qualifie cette obligation de secret professionnel « spécial », non seulement parce que, depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les banques, elle fait l'objet d'une disposition spéciale, mais avant tout parce que les confidences faites aux banquiers sont le plus souvent limitées à des objets bien déterminés [15]. Nous préférons éviter toute confusion et nous en tenir à l'expression de « secret bancaire ».

§ 3. Les sources du secret bancaire

Section 1 *L'usage*

La discrétion professionnelle particulière des banquiers est connue depuis fort longtemps de la pratique commerciale, quand bien même le développement de leurs activités n'a pas toujours été ce qu'il est aujourd'hui [1]. Cet usage est la conséquence du caractère étendu des renseignements que les banquiers sont appelés à connaître en relation avec la situation patrimoniale, voire la vie privée de leurs clients. Chaque opération effectuée par une banque dévoile un aspect de la situation économique et financière du client ou de tiers que ceux-ci ne souhaiteraient pas voir divulguer sans restriction. Bien qu'il s'agisse en règle générale de faits de nature purement économique, on considère que la sphère intime ou secrète [2] de l'individu est concernée. De nombreuses personnes observent, à tort ou à raison, une discrétion parfois plus grande sur leurs affaires que sur leur état de santé ou les procès auxquels elles sont parties. Cette volonté de discrétion se traduit naturellement par une exigence particulière à l'égard de ceux qui ont accès par leurs fonctions au patrimoine d'autrui.

[14] Aubert, FJS 69, p. 1.

[15] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, pp. 26 ss, spéc. p. 31.

[1] Delachaux, thèse, p. 12. Annales de la faculté de droit de Liège 15 1970, p. 280 et les ouvrages cités. Kleiner, Hauser, Höhn, p. 22.

[2] Sur ce problème, voir Giesker, thèse et *infra*, chap. III, pp. 120 ss.

De leur côté, les banques, dont l'activité est essentiellement fondée sur des rapports de confiance avec leurs clients, ont un intérêt évident à garantir une discrétion étendue. On rencontre très souvent des clauses à ce propos dans les statuts mêmes des banques, dans leur publicité ou les contrats d'adhésion qu'elles offrent de conclure pour telle ou telle opération [3].

L'usage et la jurisprudence ont peu à peu reconnu aux intéressés un véritable droit à la discrétion du banquier, sans qu'il figure *expressis verbis* dans une loi [4] et nonobstant l'absence de toute clause contractuelle en ce sens. Dans un arrêt Charpiot de 1932 [5], le Tribunal fédéral a défini en ces termes le secret bancaire : « Le secret des banques n'est pas autre chose que le droit que possède chaque client d'une banque d'exiger de la part de cette dernière la plus stricte discrétion sur les affaires qui lui sont confiées ; c'est également et inversément le devoir qu'a la banque de garder le silence le plus complet sur ces affaires et pour le banquier en particulier, cette obligation est indépendante du rapport de droit existant entre lui et son client. Si aucun contrat n'est intervenu, la violation du secret constitue un acte illicite dans le sens des articles 41 et suivants CO ». Ainsi, indépendamment de toute clause particulière, il existe une présomption en faveur du secret et c'est à la banque qu'incombe le fardeau de la preuve si elle conteste son devoir de discrétion [6]. Cette présomption est générale et ne se limite pas aux seuls faits dont la révélation serait susceptible de porter atteinte aux intérêts personnels de l'intéressé. En ce sens, le secret bancaire peut être comparé à un véritable secret professionnel, lié à l'exercice de la profession et non pas seulement à la nature des faits sur lesquels il porte. L'obligation de discrétion du banquier se distingue ainsi des autres « secrets », protégés par la loi uniquement lorsque des circonstances particulières rendent illicite leur révélation ou leur appropriation [7].

[3] Capitaine, thèse, pp. 93-99 et *Le secret professionnel du banquier*, p. 89.

[4] Nous nous reportons à la situation existante avant l'entrée en vigueur de la loi sur les banques où les seules dispositions du droit public expressément consacrées au secret bancaire étaient celles des lois relatives à l'organisation des banques cantonales, à la Banque nationale ainsi que celles de quelques lois fiscales cantonales (voir Delachaux, thèse, p. 15, ch. 4 et les notes).

[5] Arrêt non publié du 2.2.1932, cité par Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, pp. 194-197 (également p. 90, n. 2).

[6] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, pp. 92-94. Matter, p. 9.

[7] Giesker, p. 86. Voir *infra*, chap. III, pp. 114/115.

Section 2 *La loi*

Sur le plan du droit civil, le devoir de discrétion du banquier a sa source dans les règles générales des articles 27 et 28 CC sur la protection de la personnalité, qui englobent également la sphère intime économique des justiciables [1]. La violation du secret bancaire constitue une atteinte illicite aux intérêts personnels. En règle générale la responsabilité du banquier est contractuelle, fondée sur les liens juridiques qui l'unissent à son client. Dans ce cas, certains auteurs considèrent que le secret bancaire fait l'objet d'une clause tacite du mandat [2]. Nous préférons la solution de Capitaine [3] qui considère le devoir de discrétion du banquier comme une obligation *sui generis* existant même en l'absence de toute relation contractuelle. Cette solution permet en effet la protection des intérêts des tiers au rapport juridique entre la banque et son client, voire des justiciables qui s'adressent à elle sans pour autant conclure un contrat quelconque. Celui qui demande des renseignements à la banque et le bénéficiaire d'un acte juridique effectué par l'intermédiaire de celle-ci sont protégés au même titre que le déposant ou le mandant.

§ 4. La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne

Section 1 *Généralités*

Avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 8 novembre 1934 [1] sur les banques et les caisses d'épargne, le secret bancaire ne faisait l'objet d'aucune disposition légale particulière. A l'époque, influencées

[1] Voir notamment : Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, pp. 191 ss. Delachaux, thèse, p. 13. M. Aubert, SJ 1967, p. 610 et FJS 69, p. 1. Schönle, *La nouvelle législation*, p. 25. Lüscher, p. 8 et les références. Rivier. JAAC 10 1936, n° 156, p. 157. *Zbl* 1969, p. 346 et les références.

[2] M. Aubert, SJ 1967, p. 611 et RPS 87 1971, p. 114 et les références. Schönle, *Le secret bancaire*, p. 179.

[3] Capitaine, thèse, p. 128.

[1] RS 952.0. Voir *supra*, n. 4, p. 88.

notamment par les circonstances politiques existant dans les pays voisins du nôtre et désireuses de protéger les ressortissants de ces pays, poursuivis grâce aux renseignements que les gouvernements pouvaient obtenir auprès des banques helvétiques, les Chambres fédérales ont introduit une disposition pénale réprimant la violation du secret bancaire. L'article 47 de la loi sur les banques avait alors la teneur suivante :

« 1. Celui qui intentionnellement,

a) ...

b) en sa qualité de membre d'un organe ou d'employé de la banque, de réviseur ou d'aide-réviseur, de membre de la commission des banques, de fonctionnaire ou d'employé du secrétariat, viole la discrétion à laquelle il est tenu en vertu de la loi ou le secret professionnel, ou qui incite à commettre cette infraction ou tente d'y inciter,

est passible d'une amende de vingt mille francs au plus ou d'un emprisonnement de six mois au plus. Les deux peines peuvent être cumulées.

2. Si l'auteur a agi par négligence, la peine est l'amende de dix mille francs au plus. »

Ainsi, pour la première fois une disposition légale fait mention d'un secret professionnel du banquier ; cela signifie-t-il que le législateur fédéral ait voulu imposer aux banques des obligations supplémentaires voire même leur conférer la qualité de confidents qualifiés ? Capitaine n'hésite pas à l'affirmer [2]. Nous avons dit que l'élément caractéristique du secret professionnel ne résidait pas dans une sanction pénale, mais dans la qualité de confident qualifié du détenteur du secret sanctionné par la loi. Or, dans l'idée du législateur, il ne s'agissait pas d'assimiler le personnel des banques aux ecclésiastiques, médecins, avocats et autres. Selon l'interprétation la plus couramment admise par les auteurs et partagée par le Tribunal fédéral [3], ainsi que le Département fédéral des finances et des douanes [4], l'article 47 de la loi sur les banques n'a posé aucune limite nouvelle au devoir de discrétion du banquier, reconnu dès avant l'entrée en vigueur de la loi par l'usage et sanctionné par le

[2] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, p. 44.

[3] RO 95 I (439) 445 = JdT 1970 I (290) 295 et la doctrine citée. Kleiner, Hauser, Höhn, p. 12.

[4] *Zbl* 1969, p. 346. Archives de droit fiscal suisse 38 1969/1970, p. 414.

droit civil ; il constitue simplement la base légale permettant de réprimer pénalement la révélation indue d'un fait soumis à la discrétion du banquier. Nous verrons que la révision de la loi sur les banques, selon la loi du 11 mars 1971 [5], n'a pas apporté de modification à cette interprétation.

Le texte originel de l'article 47 LB réprimait la violation de la discrétion à laquelle le banquier est tenu en vertu de la loi ou du secret professionnel, mais ne définissait ni l'une ni l'autre. La loi sur les banques n'impose aucune obligation de discrétion dont la violation serait susceptible de tomber sous le coup de la disposition pénale [6]. Le texte allemand de l'article 47 LB ne parlait en outre pas d'*obligation légale,* mais de *Schweigepflicht.* Delachaux a fait l'analyse détaillée de la genèse de la loi et se prononce, avec raison selon nous, en faveur du texte allemand, la loi étant directement issue d'un projet rédigé dans cette langue par le professeur Landmann de Bâle [7]. Le « secret professionnel » visé à l'article 47 LB n'est pas autre chose que l'obligation usuelle de discrétion attachée à l'exercice de la profession de banquier [8].

Dans un arrêt déjà ancien, le Tribunal fédéral a envisagé comme possible l'hypothèse de Capitaine aux termes de laquelle l'article 47 LB créerait un véritable secret professionnel du banquier [9] ; la question n'a toutefois pas été résolue. Il convient de relever que si telle avait été son intention, le législateur aurait eu tout loisir de faire figurer les banquiers au nombre des confidents qualifiés, lors des délibérations postérieures sur le projet de Code pénal. Il ne l'a pas fait, pas plus d'ailleurs qu'à l'occasion de la révision de la loi sur les banques. Le motif essentiel qui a poussé à l'époque les Chambres à introduire dans la loi une disposition concernant le secret bancaire est certainement la volonté de renforcer la protection de la personnalité découlant des articles 27 et

[5] Loi fédérale du 11.3.1971 modifiant la loi sur les banques et les caisses d'épargne, ROLF 1971, p. 808.

[6] Delachaux, thèse, p. 21. Perrin, RSJ 45 1949, p. 145.

[7] Delachaux, thèse, p. 23. Voir aussi : Capitaine, *Le secret professionnel du banquier,* p. 40.

[8] Cette opinion est celle de la doctrine dominante dont on trouve un bon résumé dans la décision du Département fédéral des finances et des douanes précitée (*Zbl* 1969, p. 347). Voir également JAAC 10 1936, nº 156, p. 157. *Contra* : Capitaine, *Le secret professionnel du banquier,* pp. 32 ss, spéc. pp. 34/35. Jann, pp. 27-31.

[9] RO 64 I 192.

28 CC en luttant contre les indiscrétions des banques et contre l'espionnage bancaire pratiqué par les Etats étrangers qui tentaient de s'approprier les biens que certains de leurs ressortissants avaient en Suisse [10].

Lors de la révision de 1971, les Chambres ont modifié ainsi l'article 47 LB :

« 1. Celui qui, en sa qualité de membre d'un organe, d'employé, de mandataire, de liquidateur ou de commissaire de la banque, d'observateur de la Commission des banques, ou encore de membre d'un organe ou d'employé d'une institution de révision agréée, aura révélé un secret à lui confié ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi,

celui qui aura incité autrui à violer le secret professionnel, sera puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou de l'amende jusqu'à concurrence de 50 000 francs.

2. Si le délinquant a agi par négligence, la peine sera l'amende jusqu'à concurrence de 30 000 francs.

3. La violation du secret demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin ou que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession.

4. Sont réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice. »

Un des éléments essentiels de cette nouvelle disposition est la définition du secret bancaire dont la violation constitue le délit. C'est l'obligation pour le banquier — ou les autres personnes mentionnées au premier alinéa — de ne pas révéler « un secret à lui confié ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi ». Il n'est donc plus question de « la discrétion à laquelle il est tenu en vertu de la loi » ou simplement du « secret professionnel ». Il ressort cependant du message du Conseil fédéral aux Chambres que cette précision des éléments constitutifs du devoir de discrétion n'a en rien modifié le sens de la disposition de 1934 [11]. La révision de la loi a en quelque sorte repris, sous une forme succincte, les divers éléments du secret bancaire,

[10] Message du Cons. féd. FF 1970 I, p. 1175.
[11] FF 1970 I, pp. 1173 ss.

reconnu par le droit privé et sanctionné pénalement dès l'entrée en vigueur de la loi sur les banques.

La présomption de discrétion à la charge du banquier s'étend à tout ce qu'on lui a révélé aux fins de lui permettre de remplir son mandat ainsi que tout ce qu'il découvre sur son client ou sur des tiers, dans l'accomplissement de sa tâche [12]. L'objet du secret bancaire correspond assez exactement à celui du secret professionnel de l'article 321 CP, bien que les termes varient notablement d'une disposition à l'autre. Relevons qu'on trouve les mêmes divergences en doctrine à propos de l'application du secret aux faits notoires. Comme pour le secret professionnel, nous pensons qu'il convient d'interpréter de manière restrictive la notoriété d'un renseignement ayant pour conséquence de la soustraire au devoir de discrétion du banquier [13].

Cela dit, il faut souligner la grande différence entre le secret bancaire et le secret professionnel, non plus au niveau de la personne du détenteur du secret, mais quant à leur objet. Nous avons vu [14] que la volonté de celui qui se confie ne jouait pas de rôle sur le devoir de discrétion du confident qualifié qui s'étendait parfois à des faits non secrets. Nous pensons que ce n'est pas le cas du secret bancaire qui n'existe que par la volonté de l'intéressé. L'existence d'une telle volonté est certes présumée, mais l'intéressé peut consentir expressément ou tacitement à la révélation de faits concernant ses relations d'affaires avec la banque. Ainsi, le fait de mentionner ses relations avec telle ou telle banque sur le papier à lettres est considéré par certains comme le consentement de l'intéressé à ce que la banque en question renseigne les tiers sur sa situation financière [15]. Une telle « manifestation de volonté » ne nous paraît pas suffisante, mais il n'en demeure pas moins que le secret bancaire disparaît en cas de consentement, car aucun intérêt — sinon celui de la banque qui n'est pas protégé — ne justifie le maintien de l'obligation. Le consentement équivaut à une renonciation au droit subjectif de l'intéressé au maintien du secret et comme l'intérêt public n'est pas compromis, une telle renonciation est parfaitement

[12] Capitaine, thèse, pp. 103/104 et Droit et Vérité, pp. 33/34. Delachaux, thèse, p. 6.

[13] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, p. 96. *Contra*: Neumann, p. 154.

[14] Voir *supra*, chap. I, p. 34.

[15] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, p. 181.

valable[16]. Elle a pour conséquence essentielle de supprimer le caractère illicite d'une révélation et d'empêcher ainsi toute poursuite pénale[17].

Section 2 *La protection pénale du secret bancaire*

Le secret bancaire et le secret professionnel ont pour attribut commun d'être sanctionnés par une disposition pénale.

Le devoir de discrétion du banquier se distingue toutefois de celui du confident qualifié par deux aspects, en plus de la différence de sanction :

1. L'article 321 CP est la seule disposition du Code pénal qui réserve expressément le consentement de l'intéressé. Un tel consentement serait normalement sans effet, l'intérêt public étant également protégé par l'institution du secret professionnel[1]. Il n'en va pas de même du secret bancaire, dont la sanction pénale ne fait que renforcer la protection que le droit civil accorde à l'intérêt privé en cause et dont la violation est ainsi inconcevable lorsque l'intéressé a valablement consenti à la divulgation du secret. Dans ces conditions, une réserve semblable à celle figurant au chiffre 2 de l'article 321 CP eût été inutile à l'article 47 LB. Pas plus à l'origine de la loi qu'à l'occasion de la révision de 1971, le législateur fédéral n'y a songé. On ne saurait mettre cela au compte d'une inadvertance, puisqu'en ce qui concerne l'obligation de renseigner les autorités administratives et judiciaires, les chambres se sont fortement inspirées de l'article 321 chiffre 3 CP[2].

2. La seconde différence concerne la poursuite pénale dont le déclenchement dépend du dépôt d'une plainte pour le secret professionnel, alors que la violation du secret bancaire se poursuit d'office. Il semble paradoxal que la violation d'une disposition édictée pour protéger l'intérêt privé se poursuive d'office, alors que la violation du secret

[16] Dagon, p. 2 (Cet auteur assimile à tort le secret bancaire aux autres devoirs de discrétion, notamment au secret professionnel des confidents qualifiés). Voir également : M. Aubert, FJS 69 a, p. 4. Lüscher, pp. 13/14.

[17] JdT 1960 III 121.

[1] Voir *supra*, chap. I, p. 58.

[2] Voir *infra*, p. 107 et FF 1970 I, p. 1175.

professionnel n'est punissable que sur plainte, nonobstant l'importance essentielle de l'intérêt public protégé par cette disposition. D'après le Conseil fédéral, si on voulait considérer la violation du secret bancaire comme un délit dont la répression n'a lieu que sur plainte de la victime, il y aurait lieu de craindre que celui qui est en droit de se plaindre renonce à le faire en raison des inconvénients auxquels il pourrait s'attendre [3]. En matière de secret bancaire en effet, l'intérêt public réside dans la répression des contraventions à la loi et prime l'intérêt de la victime consistant à éviter une publicité plus étendue encore [4]. En fait, la poursuite d'office est une mesure propre à maintenir la réputation de discrétion de nos établissements bancaires. Elle nous paraît excessive en regard du but de l'institution, qui protège avant tout les intérêts privés et non les banques elles-mêmes. La poursuite d'office permet notamment aux banques de dénoncer leurs propres organes et employés, alors que le client lésé souhaite peut-être étouffer l'affaire.

§ 5. Les exceptions au secret bancaire

Section 1 *Introduction*

Bien qu'il soit sanctionné par une action civile et, depuis 1934, par une disposition pénale, le devoir de discrétion du banquier n'est pas absolu.

La répression des violations du secret n'a pas modifié l'étendue du devoir de discrétion et la doctrine presque unanime admet que l'article 47 LB n'a eu aucune conséquence à cet égard [1]. Peu après l'entrée en vigueur de la loi sur les banques, le Tribunal fédéral l'a confirmé [2] et les juges de Mon Repos n'ont pas changé d'avis depuis lors, même s'ils

[3] FF 1970 I, p. 1196. Voir aussi M. Aubert, FJS 69 a, p. 4 ; H. U. Walder, p. 353.

[4] Delachaux, thèse, pp. 69/70.

[1] Guldener, n. 27 c, p. 362. Delachaux, *Le problème du secret bancaire*, p. 331. M. Aubert, SJ 1967, p. 651. *Zbl* 1969, p. 347 et les références. Matter, p. 9. *Contra* : Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, p. 53. Jann, pp. 21 ss.

[2] RO 64 I 187.

ont jugé que l'obligation de renseigner les autorités fiscales ne primait pas celle de garder le secret [3].

Section 2 *Le secret bancaire et l'obligation de témoigner*

A. *Généralités*

Par la nature et la diversité de ses activités, le banquier prend journellement connaissance d'un très grand nombre de renseignements dont la révélation revêt parfois une importance considérable pour l'aboutissement d'une poursuite pénale ou la solution d'une contestation civile. La plupart d'entre eux sont soumis au secret bancaire, ce qui engendre un conflit entre le devoir de discrétion et l'obligation de témoigner et de produire des pièces en justice. Dans quelle mesure la personne soumise au secret bancaire peut-elle ou doit-elle refuser de répondre aux questions du juge lorsqu'elle risque de violer son devoir de discrétion ?

La première version de l'article 47 LB ne donnait aucune indication sur l'étendue du secret du banquier par rapport aux diverses obligations de renseigner les autorités [1]. L'existence de normes cantonales contraires au respect du secret rendait la solution du conflit à première vue plus délicate. Il fallait en effet déterminer lequel des deux devoirs, celui d'observer le secret ou celui de témoigner, l'emportait sur l'autre, à la lumière des principes régissant les rapports entre le droit des cantons et celui de la Confédération. En d'autres termes, il s'agissait de savoir si le secret bancaire cédait devant l'obligation de témoigner et de produire des pièces ou au contraire si la loi sur les banques imposait au banquier un devoir de discrétion absolu, sans considération des nécessités de la procédure.

La doctrine, pour l'essentiel antérieure à la révision de la LB de 1971 [2], était divisée en deux camps ; d'une part les partisans d'un secret

[3] RO 92 I (393) 400 = JdT 1967 I 577 (rés.). *Contra* : M. Aubert, SJ 1967, p. 614. Cet auteur nuance toutefois sa position et admet (p. 651) que « le secret professionnel (*sic*) n'est pas un privilège absolu du client, mais une obligation du banquier. Or, cette obligation peut être annulée lorsque des intérêts reconnus comme supérieurs sont en jeu ». Voir *infra*, pp. 99 ss.

[1] Message du Cons. féd. FF 1970 I, p. 1175.

[2] Bien que parue en 1972, la thèse de Lüscher ne tient pas compte de la révision de la loi sur les banques ; l'auteur s'en explique dans une remarque pré-

bancaire absolu, qui ne tolère aucune exception même si la révélation est commandée par la loi et, d'autre part, les auteurs favorables à un devoir de discrétion relatif, qui cède le pas lorsque des intérêts supérieurs le commandent, en particulier lorsque le banquier est appelé à témoigner ou à produire des pièces en justice.

B. *La primauté du secret bancaire sur les dispositions des lois de procédure*

L'argumentation des défenseurs de cette théorie se résume ainsi : en procédure fédérale, le secret bancaire, absolu et fondé sur une disposition d'une loi spéciale, ne saurait s'effacer devant les dispositions prescrivant l'obligation de témoigner devant le Tribunal fédéral, sans que le principe *lex specialis derogat generali* ne soit violé. Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral rend les dispositions cantonales inopérantes à l'égard des personnes tenues par le secret bancaire [3].

Ainsi, le banquier aurait le droit sinon le devoir de refuser de divulguer des faits soumis à sa discrétion devant les juridictions fédérales et cantonales. Les partisans de cette théorie prétendaient, avant l'introduction d'une réserve en faveur des dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice, que le secret bancaire était absolu et qu'il primait toutes les dispositions légales contraires. Dans ces conditions, la révélation ou la confirmation en justice d'un fait relevant du secret bancaire demeurait un délit et le détenteur, qui avait le devoir de s'y soustraire, ne pouvait y être contraint par le juge [4]. La modification de l'article 47

liminaire (p. XIII). Depuis lors, quelques publications font allusion à cette révision, notamment celles de M. Aubert (FJS 69 a et *Le secret bancaire*), Rivier, Schönle, H. U. Walder.

[3] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, pp. 43 ss. Jann, pp. 75/76.

[4] Sans approuver cette théorie, nous sommes d'avis que le banquier doit en tout cas refuser sa déposition ou la production d'une pièce, à l'instar d'un confident qualifié, si la loi applicable lui accorde la faculté de le faire et qu'il n'y est pas tenu d'une autre manière, soit notamment par une décision du juge dans ce sens. Une telle déposition constitue en effet une violation du secret bancaire et doit être poursuivie (Voir Lüscher, p. 24 ; H. U. Walder est de l'avis contraire, mais il se place dans l'optique de l'art. 47 LB actuel, tel qu'il a été révisé en 1971 par l'adjonction notamment du ch. 4 ; voir *infra*, pp. 107/108).

LB intervenue en 1971 constituait dès lors une dérogation importante au secret absolu rapprochant l'obligation de discrétion du banquier de celle des confidents qualifiés.

Constatant qu'il serait paradoxal d'imposer une discrétion plus étendue au personnel des banques qu'aux ecclésiastiques, médecins et avocats entre autres, certains auteurs ont nuancé leur position. Aubert notamment ne conteste pas au juge la faculté d'apprécier l'étendue du secret bancaire, voire de délier lui-même le détenteur de son obligation, le libérant ainsi de toute responsabilité civile ou pénale en cas de divulgation et de l'obliger à témoigner ou à produire les pièces requises. N'étant pas prévue par la loi sur les banques, cette dernière solution ne nous paraît ni compatible avec la théorie du secret bancaire absolu, ni avec les principes permettant à l'auteur d'affirmer la primauté de cette loi sur les dispositions de procédure [5]. Si en effet le juge peut valablement libérer le banquier de son devoir de discrétion, il ne saurait le faire qu'en application d'une règle de la procédure, puisque la loi sur les banques ne prévoit pas cette possibilité. C'est précisément la validité d'une telle disposition qu'Aubert conteste en affirmant que l'étendue du secret bancaire est déterminée par le seul droit fédéral, et non par les diverses lois de procédure. Le seul avantage, selon nous, d'une telle solution est d'harmoniser, de manière parfaitement artificielle et non fondée en droit, la théorie et les très nombreuses exceptions au secret bancaire admises et reconnues par la pratique. La confusion est cependant moins grave qu'il n'y paraît à première vue, car Aubert n'est pas un défenseur du secret bancaire absolu et il admet que « cette obligation peut être annulée lorsque des intérêts reconnus comme supérieurs sont en jeu » [6]. Relevons en outre que la position de cet auteur a encore évolué ainsi qu'il résulte de l'une de ses dernières publications, postérieure à la révision de 1971, où on peut lire notamment ceci : « Lors de l'introduction de la loi sur les banques, certains auteurs se sont demandés, en raison de l'adage *lex specialis derogat generali* et du principe que le droit fédéral l'emporte sur celui des cantons, si le secret bancaire ne devrait pas être opposable aux autres lois, notamment de procédures fédérales et cantonales. La jurisprudence, elle, n'a jamais suivi cette voie (cf. notamment ATF 1er octobre 1969, RO 95 I 439 ; Département des finances et des douanes, 30 juin 1969, Archives de

[5] M. Aubert, SJ 1967, p. 614.
[6] M. Aubert, SJ 1967, p. 651.

droit fiscal 1970, p. 410). En conséquence, les banquiers peuvent être tenus de renseigner l'autorité et de témoigner en justice » [7]. Après cette récente prise de position, il est incontestable qu'Aubert n'est pas partisan du secret bancaire absolu, ni de la règle selon laquelle l'article 47 LB prime les dispositions fédérales et cantonales de procédure.

Bien que conscient du caractère plus restreint du secret bancaire relativement au devoir de discrétion des confidents qualifiés, Capitaine s'est au contraire rigoureusement tenu à la théorie du secret absolu et en a tiré toutes les conséquences. Le banquier ne saurait être contraint de révéler en justice un fait soumis au secret, quelle que soit la règle de procédure applicable et s'il le fait, il s'expose aux sanctions prévues à l'article 47 LB. On relève toutefois que cet auteur admet le témoignage obligatoire du banquier dans la mesure où celui-ci a été préalablement délié de son devoir de discrétion par tous les intéressés, ainsi que dans plusieurs autres cas [8]. En 1946, Capitaine a adopté une position plus nuancée et reconnu qu'il incombait au « juge de décider si les prescriptions des lois de procédure ou d'organisation applicables permettent d'admettre le refus de répondre ou de témoigner » [9].

C. *Les exceptions au secret bancaire en procédure*

1. En général

La doctrine dominante, à laquelle nous nous rallions, considérait, dès avant la modification de la loi sur les banques de 1971, que l'existence d'une sanction pénale réprimant la violation du secret bancaire, ne s'opposait pas à l'application des dispositions de procédure relatives à l'obligation de témoigner et de produire des pièces. La principale objection à la conception du secret absolu réside en effet dans l'inten-

[7] M. Aubert, FJS 69 a, p. 4. Dans la FJS 69 (du 31.12.1970) Aubert ajoutait que le banquier peut être tenu de témoigner en justice « de manière analogue aux autres détenteurs de secret professionnel pour lesquels une disposition y relative figure dans le CP (art. 321, ch. 3) ». Cette confusion des banquiers et des confidents qualifiés était critiquable — nous y reviendrons plus loin — et la suppression de cette dernière phrase dans la FJS 69 a laisse supposer que l'auteur y a songé.

[8] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, pp. 177-179.

[9] Capitaine, Droit et Vérité, p. 35.

tion même du législateur qui n'était pas de créer une obligation nouvelle à la charge des banques, mais de renforcer une obligation préexistante de discrétion, en l'assortissant d'une sanction pénale. Cela étant, les règles du droit civil protégeant la personnalité fondent certes le secret bancaire, mais ne permettent nullement de conclure à l'existence d'un secret absolu dont le respect devrait être assuré au mépris même des règles du droit public, fédéral et cantonal, relatives notamment au témoignage et à la production de pièces. C'est donc à la lumière des principes régissant d'une manière générale les rapports entre le droit fédéral et le droit cantonal que les conflits entre les deux normes doivent être résolus. On peut d'ailleurs se demander s'il eût été dans la compétence du législateur fédéral de créer, par le biais de l'article 47 LB, un secret bancaire absolu, allant à l'encontre des dispositions cantonales de procédure et limitant ainsi la compétence constitutionnelle des Etats en la matière.

Pas plus dans son ancienne rédaction que dans celle de 1971, l'article 47 LB ne prime les dispositions fédérales de procédure concernant le témoignage et la production de pièces et n'empêche les cantons d'appliquer leurs dispositions aux banquiers [10].

Si les travaux préparatoires de la loi sur les banques et les caisses d'épargne sont muets à ce propos, le Tribunal fédéral a jugé, en 1938 déjà, qu'on ne saurait donner au conflit entre l'article 47 LB et la législation cantonale ou fédérale une solution d'ensemble [11]. La solution diffère d'une espèce à l'autre, le secret bancaire devant céder le pas chaque fois qu'un intérêt supérieur le commande. En pareil cas, le banquier ne saurait invoquer son devoir de discrétion et sa situation face à l'obligation de témoigner n'est pas différente de celle de n'importe quel témoin [12].

Il faut signaler enfin le statut particulier du personnel de la Banque nationale suisse. L'article 58 de la loi du 23 décembre 1953 [13] impose certes le secret bancaire, mais l'article 54 de cette même loi prévoit l'application des dispositions fédérales sur la responsabilité civile et pénale des autorités et fonctionnaires de la Confédération. Le devoir de discrétion des employés de la Banque doit donc être assimilé à un

[10] Guldener, p. 362, n. 27 c. Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 239.
[11] RO 64 I 192.
[12] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 241.
[13] LF sur la Banque nationale suisse du 23.12.1953, RS 951.11.

secret de fonction. Conformément à l'article 28 du Statut des fonctionnaires [14], leur audition en qualité de témoins dépend de l'approbation du Département fédéral des finances et des douanes [15].

2. Le respect du secret bancaire en procédure pénale

L'intérêt public de la procédure pénale justifie une obligation très étendue pour chacun de renseigner la justice. Les motifs de dispense sont dès lors moins nombreux qu'en procédure civile, où le respect des intérêts privés ne s'oppose plus en règle générale à un intérêt de nature publique, mais aux seuls intérêts des parties en cause. A notre sens, en procédure pénale seuls les confidents qualifiés, au sens de l'article 321 CP, sont habilités à refuser valablement de témoigner ou de produire des pièces, même en l'absence d'une dispense légale expresse [16].

Le but même de la protection du secret bancaire commande le plus souvent qu'il cède devant les exigences d'une instruction pénale ; il ne saurait contribuer à celer à la justice pénale des crimes ou des délits [17]. On a souvent prétendu que le secret bancaire était essentiellement destiné à protéger des délinquants de tout poil et constituait une entrave à l'administration de la justice pénale. Le secret bancaire suisse est parfois confondu avec l'anonymat qui entoure les célèbres comptes à numéros. Relevons que ces comptes numérotés ne sont pas anonymes et que le personnel restreint de la banque qui en connaît en principe les titulaires, ne peut refuser d'indiquer leurs noms au juge pénal, si les conditions légales sont remplies [18].

Les règles de procédure ne doivent en revanche pas être appliquées aveuglément, sans égard au devoir de discrétion du témoin, même si la loi applicable ne prévoit pas de motif de dispense. Il ne faudrait notamment pas que par le biais d'une plainte pénale déposée abusivement, un tiers ne profite du témoignage d'une personne tenue par le secret ban-

[14] LF sur le statut des fonctionnaires du 30.6.1927, RS 172.221.10.

[15] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 240.

[16] Voir *supra*, chap. I, p. 72.

[17] Bull. sten. CE 1970, p. 302 (Celio).

[18] Voir Rivier. Delachaux, *Le problème du secret bancaire*, p. 333. Matter, p. 10. M. Aubert, *Le secret bancaire*, pp. 10/11.

caire pour obtenir un renseignement confidentiel [19]. Nous verrons qu'en procédure vaudoise le juge doit tenir compte du devoir de discrétion, à moins qu'il n'existe des indices sérieux d'une infraction [20].

La doctrine est à cet égard presque unanime, et il n'y a guère que Capitaine pour affirmer qu'en tout état de cause les personnes soumises au secret bancaire peuvent et doivent refuser leur témoignage sur des faits relevant de leur devoir de discrétion, même si aucune disposition de procédure ni le juge ne les y autorisent [21].

Le secret bancaire en procédure pénale fédérale

Aux termes de l'article 74 de la loi fédérale sur la procédure pénale « en règle générale, chacun est tenu de témoigner ». Les seules exceptions à cette règle, concernant les personnes tenues par un devoir de discrétion, sont celles indiquées limitativement à l'article 77. Elles visent les confidents énumérés à l'article 321 CP [22]. Le secret bancaire n'étant pas mentionné comme motif de dispense, le banquier doit témoigner à la requête du Tribunal. Ce n'est toutefois pas l'avis de Capitaine, seul partisan à notre connaissance d'un secret bancaire absolu même devant le juge pénal [23]. Il affirme que le banquier doit être mis au bénéfice de l'article 79 PPF selon lequel « le témoin peut refuser de donner les réponses qui l'exposeraient personnellement ou exposeraient l'un de ses proches, au sens de l'article 75, à des poursuites pénales... ». Pour cet auteur en effet, la divulgation d'un secret bancaire, même commandée par une loi, demeure un délit exposant celui qui le commet aux sanctions prévues à l'article 47 LB. Cet argument méconnaît que l'article 32 CP est en pareil cas applicable en vertu de l'article 333 CP

[19] M. Aubert, SJ 1967, p. 626 et *Le secret bancaire*, p. 10. RO 95 I 449 = JdT 1970 I 300. RO 95 I 452 = JdT 1970 I 302.

[20] JdT 1960 III 121. Voir *infra*, 3e partie, p. 167.

[21] H. U. Walder, p. 353 et les références. Rivier et les références. Delachaux, *Le problème du secret bancaire*, p. 332. Voir aussi : RO 95 I 444 = JdT 1970 I 295 et les références.

[22] Art. 77 PPF : « Les ecclésiastiques, les avocats, les notaires, les médecins, les pharmaciens, les sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, ne peuvent être tenus de témoigner sur des secrets à eux confiés en raison de leur ministère ou de leur profession ». RS 312.0.

[23] Capitaine, *Le secret professionnel du banquier*, p. 58. La doctrine dominante admet au contraire que le banquier ne peut se soustraire à l'obligation de témoigner de l'art. 74 PPF (Voir Lüscher, p. 21 et les références citées en n. 22).

et assure l'impunité à celui qui révèle un secret bancaire conformément à une loi de procédure. Rien ne s'opposait en effet à une telle manière de procéder, du moins sous l'empire de l'ancienne version de l'article 47 LB, en vigueur lorsque l'ouvrage de Capitaine est sorti de presse. C'était en tout cas la solution retenue par la doctrine et la jurisprudence [24] et c'est la seule qui soit conforme à l'interprétation de l'ancienne disposition. Nous verrons plus avant en quoi la situation a évolué depuis la révision de la loi sur les banques [25].

3. Le respect du secret bancaire en procédure civile

En procédure civile, même lorsque la loi applicable est régie par la « maxime officielle » et bien que l'obligation de témoigner et de produire des pièces n'existe qu'à l'égard du tribunal [26], l'intérêt à ce que les preuves soient rapportées est dans la majorité des cas de nature purement privée. Il est vrai qu'il s'agit d'un intérêt public lorsque le litige intéresse l'ordre public, ou lorsque l'Etat ou une corporation de droit public intervient au procès en qualité de partie. Il n'en demeure pas moins que cet intérêt de la collectivité n'est pas comparable à celui qui exige que la loi pénale soit appliquée et les infractions sanctionnées. Le principal intéressé par le témoignage ou la production d'un document est la partie requérante qui entend ainsi prouver les faits qu'elle a allégués à l'appui de ses conclusions.

Si on admet que le secret bancaire est essentiellement destiné à protéger les intérêts des particuliers, le témoignage d'un banquier risque de donner lieu à un conflit entre des intérêts de même nature, qu'il faut résoudre en faveur des uns ou des autres. Le secret bancaire doit être comparé de ce point de vue aux autres devoirs de discrétion fondés sur les règles protégeant la personnalité. De ces règles découle le principe de la pesée des intérêts applicable aux conflits entre le devoir de témoigner et de produire des pièces et le secret [27].

Le secret bancaire n'est pas un privilège, mais une obligation pour le banquier. Dès lors si l'intéressé au maintien du secret y renonce, le

[24] Perrin, RSJ 45 1949, p. 146. RO 64 I 192.
[25] Voir *infra*, pp. 106 ss.
[26] Guldener, p. 357.
[27] Voir *infra*, chap. III, p. 126.

conflit entre le devoir de discrétion et celui de renseigner la justice disparaît. Le banquier ne saurait invoquer l'intérêt de la profession, voire l'intérêt public, qui ne sont pas directement protégés par la loi, pour se soustraire au témoignage ou à la production d'une pièce. Dans la mesure où le droit commun ne le lui impose plus, il n'est pas tenu par le secret et l'article 47 LB cesse d'être applicable. En pareil cas, rien ne s'oppose à la déposition du banquier, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un autre motif de dispense.

Le secret bancaire en procédure civile fédérale.

La loi de procédure civile fédérale [28] distingue, à propos de l'obligation de témoigner, les personnes visées par l'article 321 chiffre 1 CP (art. 42, al. 1 b) et celles tenues par d'autres devoirs de discrétion à raison de leur profession (art. 42, al. 2). Parmi les « autres secrets professionnels » que le témoin peut être dispensé de révéler, il y a lieu d'entendre notamment les faits soumis au secret bancaire [29]. La loi fédérale précise cependant que la dispense peut être accordée, « lorsque, malgré les mesures de précaution de l'article 38, l'intérêt du témoin à garder le secret l'emporte sur l'intérêt d'une partie à le révéler ». Pour le banquier, cette précision ne concerne à notre sens qu'un éventuel secret d'affaires, constituant également un motif de dispense selon l'article 42 alinéa 2 PCF, mais non le secret bancaire auquel il est astreint. Dans ce dernier cas, le juge ne doit tenir compte, bien que la loi ne le dise pas, que des intérêts des clients du banquier, voire de tiers, qu'ils soient ou non parties au procès, conformément au but de l'institution du secret bancaire. Cette interprétation de la procédure civile fédérale n'est nullement contradictoire ; elle résulte directement de l'article 38 dont l'application doit se révéler vaine pour que le juge puisse accorder une dispense de témoigner. Aux termes de cette disposition en effet, « lorsque la sauvegarde de secrets d'affaires d'une partie *ou d'un tiers* [30] l'exige, le juge doit prendre connaissance d'une preuve hors de la présence de la partie adverse ou des deux parties ». Or, l'article 42 alinéa 2 concerne aussi bien les secrets d'affaires que les « autres secrets professionnels » ;

[28] RS 273.
[29] Perrin RSJ 45 1949, p. 146 (II A).
[30] C'est nous qui soulignons.

le juge doit donc tenir compte non seulement de l'intérêt du témoin à garder le secret, mais aussi celui de tiers éventuels, notamment à la conservation du secret bancaire. Peut-être y aurait-il lieu de modifier la disposition dans ce sens ?

Perrin relève à juste titre que l'avant-projet de loi de procédure civile fédérale ne faisait pas allusion à l'intérêt du témoin à conserver le secret, mais ne parlait que de l'intérêt au secret [31]. Cette formule nous paraît mieux adaptée aux buts de la protection du secret bancaire et il est regrettable qu'elle n'ait pas été conservée. En pratique toutefois, il apparaît que les mesures de précaution prévues à l'article 38 PCF offrent suffisamment de garanties et facilitent la tâche du juge lorsqu'une partie requiert le témoignage d'un banquier. Il n'y a guère que lorsque l'intérêt exigeant le maintien du secret est tel qu'il se justifie de le cacher même au juge, ou lorsque les mesures de l'article 38 PCF sont insuffisantes pour éviter toute publicité, que le banquier doit être dispensé de témoigner. Dans tous les autres cas, le maintien du secret ne se justifie pas et le banquier doit parler. Si en effet le secret n'est pas mis en péril par la révélation, l'intérêt à l'établissement de la preuve l'emporte.

Aux termes de l'article 51 alinéa 1 PCF, la même solution s'applique à la production de documents renfermant des faits soumis au secret bancaire, avec la réserve suivante : « si le refus (de produire) n'est fondé que pour certains passages pouvant être soustraits aux regards par l'apposition de scellés ou d'une autre manière, le détenteur doit produire le titre sous cette précaution ».

Relevons pour terminer que les solutions apportées par la loi fédérale sur la procédure civile au conflit entre le secret bancaire et le devoir de renseigner le juge n'ont pas d'influence sur le secret lui-même ni sur la compétence cantonale en matière de procédure. Il n'est pas question que la Confédération impose de cette manière des solutions valables pour l'ensemble des lois cantonales de procédure, dont l'indépendance est garantie par la Constitution [32].

[31] Perrin, RSJ 45 1949, p. 146.

[32] Voir H. U. Walder, p. 354 et les références citées en n. 16.

D. *La modification de l'article 47 de la loi sur les banques*

Aux termes de l'article 47 chiffre 4 nouveau LB « sont réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice ». Cette nouvelle disposition confirme et en quelque sorte codifie la pratique largement approuvée par la doctrine ; elle rappelle que le secret des banques n'est pas illimité [33]. Le législateur de 1971 a-t-il voulu aller plus loin que celui de 1934 en ce sens que toute disposition légale fédérale ou cantonale permettant à une autorité de demander des renseignements primerait de plein droit le devoir de discrétion du banquier ? Cette disposition n'a-t-elle pas, au contraire, la même fonction que l'article 321 chiffre 3 CP, dont la rédaction est très semblable et dont nous avons dit que le but était précisément de limiter les possibilités d'interroger les confidents qualifiés aux seuls cas expressément prévus par la loi ?

1. L'article 47 LB est-il une disposition de procédure ?

Bien que la question ait été parfois posée par certains tribunaux [34], on peut affirmer d'emblée que l'article 47 LB est une disposition de droit matériel et non une disposition de procédure, comme par exemple l'article 963 CO [35].

La modification de 1971 n'a rien changé à la nature de la règle [36]. L'article 47 chiffre 4 LB n'a donc pas d'influence directe sur les lois de procédure ; il n'institue notamment pas un droit de refuser de témoigner pour les personnes astreintes au secret bancaire [37]. Cette nouvelle disposition ne fait que confirmer la volonté du législateur fédéral de considérer le secret bancaire comme une obligation relative, qui cède lorsqu'un intérêt supérieur consacré par la loi le commande. Cette volonté correspond à une jurisprudence constante qu'elle codifie et selon laquelle

[33] Bull. sten. CE 1970, p. 299 (Clerc).

[34] Notamment la Cour d'Appel du canton de Berne (RSJ 35 1938/1939, p. 315, nº 47) et le Tribunal d'Appel du canton de Bâle-Campagne (RSJ 36 1940, p. 303, nº 220).

[35] Voir *infra*, 3e partie, pp. 178 ss.

[36] H. U. Walder, p. 351. Hauser, RPS 87 1971, p. 148.

[37] RSJ 36 1940, nº 220, p. 303. Voir également : Perrin, RSJ 45 1949, p. 147. Message du Cons. féd. FF 1970 I, p. 1175. *Repertorio* LXXIII 1940, p. 333.

le devoir de discrétion des banquiers n'est pas absolu et ne peut être assimilé au secret professionnel des confidents qualifiés.

Cependant, les termes de l'article 47 chiffre 4 LB sont les mêmes, dans la version allemande de la loi tout au moins, que ceux de l'article 321 chiffre 3 CP [38]. Cette concordance voulue par le législateur nous paraît regrettable, car nous pensons que le but de ces deux dispositions n'est pas le même.

2. L'article 47 chiffre 4 LB et l'article 321 chiffre 3 CP

Avant la révision de la loi sur les banques, Perrin estimait qu'il fallait appliquer par analogie l'article 321 chiffre 3 CP au secret bancaire. Il considérait que cette disposition supprimait le caractère absolu du devoir de discrétion des confidents qualifiés et permettait d'exiger leur déposition en justice [39]. On peut supposer que le législateur de 1971 s'est inspiré de cette interprétation, à notre avis erronée, et que c'est la raison pour laquelle il a introduit la même réserve dans la loi sur les banques. En réalité, nous pensons que l'article 321 chiffre 3 CP limite les dérogations au secret professionnel qui, sans cette disposition, seraient beaucoup plus nombreuses. Il pose comme condition au témoignage d'un confident qualifié l'existence d'une disposition expresse dans la loi de procédure applicable ; il déroge donc à l'article 32 CP.

En revanche, l'article 47 chiffre 4 LB est une application du principe exprimé à l'article 32 CP, qui s'appliquait déjà avant la révision de 1971, en vertu de l'article 333 CP. En raison des attaques portées de l'étranger surtout contre le secret bancaire, le législateur a jugé bon de préciser dans la loi elle-même que le secret n'est pas absolu. Cette disposition n'a toutefois rien apporté de nouveau quant au fond. C'est aussi l'opinion de la doctrine actuelle.

Hauser estime notamment que le devoir du banquier de renseigner la justice dépend exclusivement des lois de procédure applicables. Une

[38] « Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde. » Voir Message du Cons. féd. FF 1970 I, pp. 1175 et 1197. H. U. Walder, p. 351.

[39] Perrin, RSJ 45 1949, p. 147. Gautschi au contraire assimile le secret bancaire au secret professionnel. En conséquence, il estime qu'en l'absence de disposition de procédure expresse, le devoir de discrétion du banquier prime l'obligation de témoigner (*Ad* art. 398 CO rem. 16 b, p. 358).

personne tenue par le secret bancaire ne saurait en être dispensée que si la loi reconnaît, d'une manière générale, le droit de se taire aux personnes soumises à un secret de profession. En procédure pénale, le banquier ne pourrait dès lors jamais refuser de témoigner, alors qu'il ne serait habilité à le faire en procédure civile que devant les tribunaux de certains cantons et devant le Tribunal fédéral [40]. Nous pensons que cette opinion est trop restrictive et ne tient pas compte de l'intérêt protégé par le droit fédéral. La force dérogatoire de ce droit oblige en effet le juge à examiner si l'intérêt supérieur au maintien du secret n'exige pas que le banquier soit dispensé de témoigner ou de produire une pièce, même si la loi de procédure ne le prévoit pas expressément. Cette exigence existe pour tous les autres devoirs de discrétion protégés, comme le secret bancaire, par les articles 27 et 28 CC. Nous l'analyserons en détail dans notre prochain chapitre [41].

Pour Walder, il appartiendrait à la loi sur les banques de préciser les rapports entre le devoir de discrétion du banquier, sanctionné par le droit privé et par une disposition pénale, et les exigences de la procédure [42]. Cette question lui paraît trop complexe pour être résolue par le simple renvoi aux dispositions cantonales, compte tenu des inégalités de traitement inhérentes à la diversité des procédures [43]. Il y aurait lieu d'introduire dans la loi elle-même une clause prévoyant la mise en balance des intérêts opposés, valable pour l'ensemble de la Confédération quelle que soit la loi de procédure applicable. Nous pensons que la solution apportée par l'article 47 chiffre 4 LB n'est pas la meilleure, en la forme tout au moins [44], mais nous rejetons la proposition de Walder qui reviendrait à introduire dans le droit fédéral une disposition de procédure. Ce serait admettre une nouvelle brèche dans le domaine réservé des cantons, sans nécessité pour la bonne application du droit fédéral. Une telle disposition serait contraire aux articles 64 et 64 bis de la Constitution. Elle serait en outre inutile, car le principe de la pesée des intérêts s'impose pour tous les secrets protégés par le droit civil. Il ne découle pas de l'article 47 LB, qui n'est que la sanction pénale d'un devoir de discrétion parmi d'autres.

[40] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, pp. 240-243.
[41] Voir *infra*, chap. III, pp. 125 ss.
[42] H. U. Walder, p. 363.
[43] H. U. Walder, p. 359.
[44] Voir *infra*, pp. 110.

§ 6. Conclusion

L'obligation civile de discrétion du banquier n'a jamais constitué en soi une dispense générale de témoigner ou de produire des pièces en justice. L'introduction d'une disposition sanctionnant pénalement la violation du secret bancaire n'y a rien changé. Les cantons sont en conséquence libres de n'accorder dans leurs lois de procédure aucun statut privilégié aux personnes soumises à l'article 47 LB. Le devoir de discrétion est une obligation civile et les principes régissant les rapports entre le droit matériel et la procédure sont seuls applicables, ce qui n'est pas le cas en matière de secret professionnel au sens de l'article 321 CP. Il faut donc appliquer les mêmes règles au témoignage du banquier qu'à celui de toute personne tenue par un devoir de discrétion, conformément aux articles 27 et 28 CC. Nous verrons que le droit fédéral n'impose pas aux cantons de prévoir des mesures spéciales, notamment en procédure, pour préserver ce genre de secrets. Il exige en revanche que le juge examine de cas en cas si l'intérêt au maintien du secret l'emporte ou non sur la nécessité de rapporter une preuve.

D'aucuns déplorent que le législateur fédéral n'ait pas créé une disposition de procédure applicable sur tout le territoire [1]. Walder préconise non seulement l'introduction d'une disposition obligeant les juges à peser les intérêts opposés, mais encore la création d'une autorité distincte pour l'appliquer. L'avantage présumé d'une telle solution consisterait en une garantie d'impartialité. Il pourrait s'agir d'une autorité fédérale, par exemple une Chambre du Tribunal fédéral, qui devrait être saisie par le juge et qui trancherait après avoir entendu les intéressés. Tout cela est à notre sens bien compliqué et fait preuve d'une méfiance injustifiée envers les juges de première et de deuxième instance. Si elle était admise, cette proposition conduirait à brève échéance à la création d'une multitude d'autorités fédérales *ad hoc*, qui se substitueraient aux juges dès qu'il y aurait lieu de trancher un incident de procédure mettant en cause une règle de droit fédéral.

La solution consistant à confier à un tiers le soin d'apprécier les faits relevant du secret bancaire, en matière pénale notamment, avait déjà été envisagée par Aubert [2]. Si l'intérêt d'un tiers ou de la victime

[1] H. U. Walder, pp. 363/364.

[2] M. Aubert, SJ 1967, p. 627 et RPS 87 1971, p. 126.

exige que le secret soit maintenu, le juge pourrait selon cette hypothèse statuer sur l'opportunité de mandater un expert pour procéder à certaines investigations. Cela ne ferait toutefois que déplacer le problème et rien ne justifie que le juge renonce à ses prérogatives au profit d'un tiers, sans intérêt réel pour la conservation du secret. Le Tribunal fédéral n'a pas admis qu'on impose à l'autorité fiscale de s'en remettre sans contrôle à l'appréciation d'un expert neutre [3]. Il serait dès lors paradoxal de soumettre le juge à une telle procédure.

Le législateur n'a pas voulu créer un secret bancaire absolu et déroger aux dispositions de procédure instituant l'obligation de témoigner et de produire des pièces. Les lois de procédure cantonales s'appliquent donc et le contrôle du Tribunal fédéral suffit parfaitement à garantir le respect du secret bancaire par les cantons.

Cela étant, il nous paraît indispensable de distinguer l'article 47 chiffre 4 LB de l'article 321 chiffre 3 CP. Ces dispositions ne visent en effet pas le même but. La loi sur les banques n'exige pas que les cantons qui désirent déroger au secret bancaire en procédure le disent expressément. Il suffirait dès lors de formuler le chiffre 4 de la manière suivante : « les révélations commandées par la loi ne sont pas punissables ». Cette modification ne changerait pas le fond du problème. Elle confirmerait le caractère relatif du secret bancaire, comme l'a voulu le législateur de 1971, sans risquer de donner à la disposition le même sens qu'à l'article 321 chiffre 3 CP.

[3] RO 64 I 194.

Chapitre III

LES AUTRES DEVOIRS DE DISCRETION

§ 1 Les obligations légales

Section 1 *Généralités*

A part les faits couverts par le secret professionnel ou le secret bancaire, on admet généralement que les secrets de la vie privée doivent aussi être protégés [1]. Reconnue par la loi, cette protection implique certaines obligations de discrétion susceptibles d'entrer en conflit avec les dispositions statuant l'obligation de renseigner le juge. Juridiquement, un tel devoir de discrétion est consacré, sauf disposition expresse, par les règles sur la protection de la personnalité, parfois complétées par des dispositions pénales. Il convient toutefois de distinguer le secret des « confidents ordinaires », résultant de l'exercice de certaines professions, du devoir de discrétion imposé par contrat.

Section 2 *La protection juridique des secrets privés*

A. *La protection de la personnalité*

La Constitution fédérale ne contient aucune règle sur la protection de la personnalité en général et de la vie privée en particulier [1]. Personne ne conteste toutefois que la protection de l'individu dans ses attributs essentiels soit un principe fondamental de notre ordre juridique. Les

[1] Grossen, Traité, p. 91.
[1] Blass, thèse, p. 71.

libertés individuelles inscrites dans la Constitution ou implicitement garanties par elle manifestent la reconnaissance juridique de la personne humaine. La liberté personnelle est unanimement reconnue comme un droit constitutionnel non écrit de chacun [2], qui bénéficie d'une garantie implicite [3]. Elle protège toutes les libertés qui se caractérisent comme des manifestations élémentaires de l'épanouissement de la personnalité de l'être humain [4].

Suivant l'opinion dominante, consacrée par le Tribunal fédéral, les libertés individuelles ne pourraient toutefois être invoquées que vis-à-vis de l'Etat et de ses organes et ne concerneraient pas les rapports de droit privé. Il apparaît cependant que les tribunaux civils doivent également tenir compte de ces libertés, à tout le moins comme moyen d'interprétation et que des particuliers ne sauraient violer des libertés dont l'observation s'impose aux détenteurs de la puissance publique [5]. En outre, les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 [6], s'imposent à toutes les autorités des parties contractantes. L'article 8 de cette Convention proclame le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Bien qu'historiquement le besoin de proclamer les droits de l'homme procédât en premier lieu d'une réaction contre la puissance publique [7], la protection des libertés individuelles concerne aussi les rapports entre les individus.

En droit suisse, le respect de la vie privée d'autrui par les particuliers est garanti par les deux dispositions fondamentales du Code civil sur la protection de la personnalité [8], parfois renforcées par des dispositions pénales.

[2] Grisel, *Der Staat als Aufgabe*, p. 142 et *Zbl* 72 1971, p. 225. Huber, RSJ 69 1973, p. 114.

[3] J. F. Aubert, t. 2, p. 772, n° 2211.

[4] RO 97 I (45) 49 = JdT 1972 I (4) 7 et les références. Message du Cons. féd. concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4.3.1974, FF 1974 I (pp. 1020 ss) p. 1026.

[5] Grossen, Traité, p. 78 et les références.

[6] Voir l'Arrêté fédéral du 3.10.1974, ROLF 1974 II, p. 2148, suivi du texte de la Convention, pp. 2151 ss.

[7] Grossen, RDS 79 1960 II, p. 12 a.

[8] Art. 27 et 28 CC. Voir notamment: RO 97 II 101 = JdT 1972 I 244. Egger, t. I, pp. 250/251. Tuor, p. 70.

B. *La protection de la vie privée en droit civil*

Reprenant un ancien adage, le Tribunal fédéral a dit : « La vie privée doit être murée » [9], sans toutefois préciser cette notion. La doctrine récente, suivie par les Juges de Mon Repos [10], a développé la théorie dite des sphères. La personnalité est divisée en trois domaines distincts : la vie intime, la vie privée et la vie publique [11]. La sphère intime ou secrète comprend les renseignements qui doivent échapper à la connaissance de tous ceux à qui ils n'ont pas été confiés par l'intéressé. Dans la sphère privée figurent les éléments de la personnalité que l'intéressé désire partager avec un nombre restreint de personnes qui lui sont proches par la parenté ou des relations de confiance. A la différence des éléments de la sphère publique, ces « secrets » ne sont pas destinés au grand public. La vie privée fait partie intégrante de la personnalité et jouit à ce titre de la protection de la loi [12]. La discrétion est une des formes de cette protection et l'obligation de ne pas divulguer les secrets d'autrui ne dépend pas exclusivement d'un rapport professionnel entre le détenteur et l'intéressé. Mais comment dire qu'un fait appartient ou non à la sphère intime ou privée ? Si certaines dispositions pénales notamment contiennent le terme « secret », aucune règle n'en donne une définition satisfaisante [13].

La jurisprudence et la doctrine dominante ont montré qu'indépendamment de toute règle particulière, un secret tombe sous le coup de l'article 28 CC si quatre conditions sont remplies [14]. La première est la connaissance d'un fait, passé, présent ou futur, peu importe qu'il soit véridique ou non. Dans la mesure où les autres conditions sont remplies, une information fausse peut parfaitement être secrète au sens de la loi [15].

La deuxième condition réside dans le caractère non public de l'information ; cela peut sembler une tautologie, mais il n'est pas nécessaire que le « secret » demeure inaccessible à n'importe qui. Il suffit qu'un

[9] RO 44 II (319) 320.

[10] RO 97 II (97) 100 = JdT 1972 I (242) 245.

[11] Grossen, Traité, p. 91 et les références. Burnand, p. 82. Jäggi, p. 225 a.

[12] Giesker, pp. 8 et 14.

[13] Les cas du secret professionnel et du secret bancaire font partiellement exception à cette règle.

[14] Comtesse, RPS 1942, pp. 257 ss. Wehrli, p. 1 et les références.

[15] RO 65 I (330) 334 = JdT 1940 I (406) 410.

nombre restreint de personnes, pas obligatoirement déterminé, en aient connaissance et qu'il ne se soit pas dissipé au profit de chacun [16].

Il faut en outre que l'intéressé ait la volonté de conserver le secret. On ne saurait en effet justifier sa protection si cette volonté, même implicite, n'existait pas [17] ; elle est en général présumée, à moins que les circonstances montrent que l'intéressé ne s'oppose pas à ce que l'information passe dans sa sphère dite publique. Les faits relevant habituellement de la sphère intime ou privée sont considérés comme secrets, tant que l'intéressé ne manifeste pas clairement son intention de renoncer à toute discrétion [18].

La quatrième condition ne fait pas l'unanimité de la doctrine. L'intéressé doit-il en effet justifier un intérêt digne de protection à la conservation du secret ? Au contraire, un secret remplissant les trois premières conditions constitue-t-il en lui-même un intérêt digne de protection ? Dans sa dernière jurisprudence, le Tribunal fédéral a dit que dans la mesure où un secret est reconnu comme tel, la protection est justifiée même si elle paraît d'un intérêt très minime [19]. Quels qu'ils soient, les secrets des individus appartiennent à la vie privée et sont dès lors dignes de protection. Même si les trois conditions sont remplies, l'atteinte portée à un secret privé n'est toutefois pas *ipso jure* illicite. La question essentielle est de déterminer quand elle l'est.

Les règles sur la protection de la personnalité n'imposent pas un devoir général de discrétion [20] et la découverte ou la divulgation d'un secret n'est pas toujours contraire à la loi. Selon la jurisprudence et la doctrine, une atteinte aux intérêts personnels est contraire à l'article 28 CC lorsqu'elle est faite d'une manière illicite au sens de l'article 41 CO [21]. A ce propos, les partisans de deux théories opposées s'affrontent. Selon la théorie objective, qui est aussi celle du Tribunal fédéral, un comportement dommageable est illicite lorsqu'il viole une prescrip-

[16] RO 64 II (162) 170 = JdT 1938 I (522) 533. RO 65 I 50.

[17] RO 65 I 50. Comtesse, RPS 1942, p. 261.

[18] Les secrets protégés par l'art. 28 CC ne doivent pas être confondus avec ceux dont le code pénal réprime la violation, sans égard à une volonté quelconque de l'intéressé, comme par exemple le secret du vote (art. 283 CP). Voir Comtesse RPS 1942, p. 261.

[19] RO 97 II 106 = JdT 1972 I 250. *Contra* : RO 80 IV (22) 27 = JdT 1954 IV (82) 86.

[20] Giesker, pp. 125 ss.

[21] RO 97 II 103 = JdT 1972 I 247 et les références. RO 64 II 169 = JdT 1938 I 531 et les références. Jäggi, p. 208 a.

tion de l'ordre juridique [22]. Pour les partisans de la théorie subjective au contraire, tout dommage est illicite à moins que la loi ne le prescrive ou ne le tolère [23]. Ces deux théories ne sont toutefois pas d'un grand secours pour déterminer quand la divulgation d'un secret est illicite. Il faut en effet préciser avant tout l'étendue de la protection reconnue par le droit privé, c'est-à-dire, selon la théorie subjective, les cas où la divulgation d'un secret est contraire à la loi. L'illicéité peut être exclue par une disposition légale, notamment de droit public, ou par le consentement de l'intéressé qui renonce ainsi au secret. Mais la limite entre le comportement illicite et celui que l'ordre juridique tolère, en matière de protection de la vie privée, est le plus souvent le résultat de la pesée d'intérêts opposés, également reconnus et protégés par la loi [24]. En cas de conflit entre la conservation d'un secret et l'obligation de renseigner le juge civil ou pénal, l'*Interessenabwägung* est souvent le seul moyen de décider si, malgré les injonctions de la procédure, la divulgation du secret demeure illicite en regard du droit matériel.

C. *La protection pénale de la vie privée*

Certains secrets, protégés par le droit privé, bénéficient en outre d'une protection pénale, leur divulgation étant punissable. Il convient de distinguer deux cas. Ou bien le législateur se contente de sanctionner certaines formes d'atteintes à la vie privée, ou bien il impose, par une disposition pénale, un devoir de discrétion dont il définit l'étendue et punit les violations. La loi réprime de la sorte celles du secret professionnel et de fonction ainsi que du secret bancaire. Dans d'autres cas, le législateur a considéré comme délit la violation d'un secret privé au sens de l'article 28 CC.

L'article 162 CP réprime la violation du secret de fabrication ou du secret commercial et l'article 13 lettres f et g LCD la concurrence déloyale basée sur la violation de tels secrets [25]. En droit suisse, on

[22] RO 82 II (25) 28 = JdT 1956 I (324) 326. RO 94 I (628) 642/643 = JdT 1970 I (119) 127. Engel, p. 307. Guhl, Merz, Kummer, p. 174.

[23] Engel, p. 307. Guhl, Merz, Kummer, p. 174.

[24] RO 97 II 103 = JdT 1972 I 247 et les références.

[25] L'art. 273 CP (service de renseignements économiques) réprime en outre spécialement la violation de secrets d'affaires ou de fabrication, au profit d'un organisme officiel ou privé étranger.

admet que le secret des affaires appartient à la sphère économique des personnes physiques et morales, qui est elle-même un aspect de la vie privée [26]. L'obligation de discrétion résulte parfois du secret professionnel ou de fonction, ou encore du secret bancaire [27], mais la loi pénale sanctionne dans ce cas l'atteinte aux intérêts personnels ou la violation de clauses contractuelles imposant le secret.

L'article 179 CP punit la découverte illicite ainsi que la divulgation du contenu des plis ou des colis fermés et constitue le complément pénal aux dispositions générales du droit civil qui protègent l'homme contre les atteintes à sa vie privée [28]. Mais la protection pénale n'est-elle pas limitée aux écrits comme les textes italien et allemand du Code pénal pourraient le faire croire [29] ? Un auteur [30] a montré que tel n'est pas le cas et que l'article 179 CP est applicable quel que soit le contenu du pli ou du colis et que celui-ci ait ou non été expédié. Les secrets ainsi protégés sont les mêmes que ceux de l'article 28 CC. Il est vrai que l'ouverture d'un pli ne contenant que des informations notoires est également punissable. Pour cette raison Comtesse déplore l'emploi du terme « secret » par le législateur [31]. Nous pensons au contraire qu'il n'est pas possible de tenir compte du caractère notoire du contenu d'un pli fermé, puisque l'auteur de l'infraction n'en a connaissance qu'après avoir ouvert l'enveloppe. La volonté de l'intéressé de conserver le secret est présumée tant que le pli ou le colis sont fermés.

La loi du 20 décembre 1968 [32] a étendu la protection pénale de la vie privée en interdisant, sous peine d'arrêts ou d'amende, d'écouter ou d'enregistrer des conversations non publiques ainsi que d'observer et de photographier les faits relevant du domaine secret d'autrui ou ceux ne pouvant être perçus sans autre par chacun et relevant du domaine privé [33].

[26] Voir *supra*, chap. II, p. 89, texte et n. 1.
[27] Logoz, t. I *ad* art. 162 CP, p. 203.
[28] Voir Logoz, t. I *ad* art. 179 CP, p. 260. Ruckstuhl, pp. 22 ss.
[29] *Schriftgeheimnis ; segreto epistolare.*
[30] Schreiber, pp. 142-144. Voir également les ouvrages cités en n. 28 *supra.*
[31] Comtesse, RPS 1942, p. 269.
[32] ROLF 1969, p. 330.
[33] Art. 179 *bis* à 179 *quater* CP. Voir Stratenwerth, BT, t. II, pp. 142-153.

Section 3 *Le devoir de discrétion*

En proclamant l'illicéité de certaines indiscrétions, le droit interdit de s'immiscer dans la sphère privée d'autrui et de révéler sans droit ce que l'on en connaît [1]. Il existe dès lors un devoir de discrétion qui se confond avec l'interdiction de porter atteinte de manière illicite aux intérêts de quiconque [2]. La loi ne mentionnant pas les cas d'illicéité, il n'est pas possible d'établir la liste exhaustive des devoirs de discrétion correspondants. Chaque cas doit être examiné pour lui-même. Il n'est dès lors pas nécessaire que la loi prévoie expressément un devoir de discrétion, ni même que celui-ci résulte d'un contrat. Suivant les circonstances, l'exercice de tel profession ou ministère impose le secret, sans égard à la conclusion éventuelle d'un contrat.

Section 4 *Les confidents ordinaires*

A. *Généralités*

Par opposition aux confidents qualifiés, les confidents ordinaires sont toutes les personnes qui exercent une profession ou un ministère dans lesquels des rapports de confiance avec les « clients » sont indispensables, mais qui ne sont pas astreintes au secret professionnel. Parmi elles, il convient encore de distinguer celles qui sont soumises de manière générale à un certain devoir de discrétion et celles qui ne le sont qu'à raison d'une mission particulière. Quoique n'étant pas absolue, cette distinction est importante. Dans le premier cas, le devoir de discrétion est parfois présumé, alors qu'il ne l'est jamais dans le second.

La première catégorie comprend les professions dont la tâche principale est de faciliter la solution de problèmes strictement personnels. Elles se répartissent en deux groupes, selon qu'elles touchent ou non à la sphère économique des justiciables. Un premier groupe comprend toutes les professions à caractère social auxquelles le grand public confère

[1] Grossen, Traité, p. 92.
[2] RO 64 II 171 = JdT 1938 I 534.

généralement, à tort, les charges et les privilèges résultant du secret professionnel. La confiance dont jouissent ceux qui les exercent influe nécessairement sur l'appréciation de l'illicéité d'une indiscrétion. Ainsi en va-t-il des professions paramédicales non retenues par l'article 321 CP, ainsi que celles d'éducateur, conseiller matrimonial, graphologue, psychologue, orienteur professionnel, inspecteur d'assurance [1], dans la mesure où aucune règle spéciale ne les astreint à un devoir de discrétion plus étendu. En France on parle à leur égard de « secret social » [2].

Un second groupe comprend certaines professions dont l'activité s'exerce dans le domaine des affaires. Deux d'entre elles sont soumises à un secret particulier, celle de contrôleur de société et celle de banquier [3]. Les autres ne sont pas régies par des dispositions spéciales, mais le droit civil exige de ceux qui les exercent une discrétion plus étendue que du commun des mortels ; ce sont notamment les comptables, les experts-comptables [4], les fiduciaires, les conseillers en propriété intellectuelle, les régisseurs d'immeubles, les conseillers d'entreprise. Leur devoir de discrétion dépend de la gravité présumée des atteintes qu'ils pourraient porter aux intérêts privés de leurs clients par un bavardage intempestif. Il est toutefois rare que le secret soit fondé uniquement sur l'article 28 CC. Il résulte le plus souvent d'un contrat.

Une seconde catégorie de confidents comprend tous ceux qui à l'occasion d'une activité professionnelle particulière sont devenus détenteurs d'un secret privé, alors que dans le cours ordinaire des choses leur profession ne les y prédispose pas. On peut parler dans leur cas de « confidences extraordinaires » que seul l'élément professionnel permet de distinguer des autres secrets protégés par l'article 28 CC. Le devoir de discrétion n'est pas présumé, mais l'élément professionnel doit être pris en considération lors de l'appréciation de l'illicéité d'une divulgation. Ainsi, par exemple, le serrurier appelé à modifier la combinaison chiffrée permettant l'ouverture d'un coffre-fort est détenteur, par son activité, d'un secret dont la divulgation risque de causer un grave préjudice.

[1] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 202 et les références. *BlZR* 55 1956, nº 108, p. 221. Braun, pp. 81 ss. Hess, pp. 215 ss.

[2] Chevassu, p. 234 et les références.

[3] Voir *supra*, chap. I, pp. 53 ss et chap. II.

[4] Lors de l'élaboration du Code pénal, le Conseil des Etats a un moment envisagé de soumettre les experts-comptables au secret professionnel. (Voir *supra*, chap. I, p. 53). Voir également Pelet, pp. 193-198.

B. *L'existence et l'étendue du devoir de discrétion*

Les confidents ordinaires et extraordinaires n'ont pas, sauf disposition contraire de la loi, d'obligations plus étendues que celles qu'impose l'article 28 CC. Mais l'exercice d'une profession constitue dans leur cas un élément aggravant, qui détermine parfois à lui seul l'illicéité de la divulgation d'un secret. L'intéressé n'aurait fait aucune confidence s'il n'avait dû recourir aux services d'un spécialiste, faute d'avoir lui-même les compétences professionnelles requises pour un travail donné. C'est le cas du chef d'entreprise qui confie à un expert-comptable le soin d'établir son bilan.

Le législateur n'a pas jugé bon d'inclure toutes ces professions dans la liste de l'article 321 CP. C'est regrettable pour certaines d'entre elles, car ceux qui les exercent sont aussi des confidents nécessaires dont il y aurait lieu de réglementer strictement le devoir de discrétion. Ce devoir existe mais repose uniquement sur les règles du droit civil et n'est pas toujours sanctionné pénalement. Il varie en fonction de la profession et de la nature des activités habituelles du confident. Prenons comme exemple les assistants sociaux non soumis au secret professionnel ou de fonction. Pour des motifs d'éthique professionnelle et de méthode de travail, ils respectent une certaine discrétion. Nous pensons que la nature de la profession la leur impose, au sens du droit civil, en raison du crédit dont ils jouissent et de la confiance qu'inspire leur formation [5]. L'illicéité d'une divulgation d'un secret doit donc, dans tous ces cas, être appréciée non seulement pour elle-même, mais aussi en fonction de la profession exercée par le confident.

§ 2 Les obligations contractuelles

Section 1 *Généralités*

Dans la mesure où elle ne contrevient pas aux articles 19 et 20 CO, l'obligation de taire une information peut faire l'objet d'une clause contractuelle. La loi prévoit d'ailleurs des cas où l'obligation de conser-

[5] *Contra*: Hess, p. 216.

ver le secret fait partie intégrante du contrat et la jurisprudence et la doctrine l'ont inclue dans certains contrats nommés, alors même qu'elle n'est pas expressément prévue. S'agit-il pour autant d'un devoir de discrétion différent de celui qu'imposent les règles générales sur la protection de la personnalité ? Nous ne le pensons pas, mais l'existence de clauses contractuelles particulières présente toutefois le double avantage de déterminer plus facilement l'existence d'un secret et de rendre applicables les règles relatives à l'exécution des contrats. L'élément important pour notre étude réside dans la recherche et l'étendue du secret. Les clauses contractuelles concernent le plus souvent la sphère économique de l'intéressé, soit la conservation des secrets d'affaires ou de fabrication.

Section 2 *Les secrets d'affaires ou de fabrication*

A. *Définition*

Aucune disposition légale ne définit la notion de secret commercial. En l'absence d'un contrat, ce type de secret bénéficie de la protection reconnue à la sphère économique. L'intéressé n'est pas protégé spécialement, mais il peut invoquer les règles du droit commun [1]. Cela étant, on pourrait se contenter de considérer le secret commercial comme un aspect de la vie privée. Il importe toutefois d'examiner les dispositions spécifiques aux secrets d'affaires et de fabrication. La doctrine et la jurisprudence en ont donné la définition suivante : constitue un secret de fabrication ou un secret commercial, un élément de la sphère économique qui n'est pas de notoriété publique, ni facilement accessible, que le maître du secret a un intérêt légitime à conserver et qu'effectivement il ne veut pas divulguer [2]. Le bien protégé, le secret, est le même qu'en droit civil, la loi pénale se bornant à renforcer la protection de la même manière que pour le secret bancaire. Cette protection renforcée ne s'étend toutefois pas à tous les secrets d'affaires ou de fabrication,

[1] RO 64 II 169 = JdT 1938 I 532. RO 88 II (319) 332.

[2] RO 80 IV 27 = JdT 1954 IV 86. *BIZR* 68 1969, nº 38, p. 96 et les références. Wehrli, p. 5. von Büren, p. 105.

quand bien même l'article 162 CP n'est pas très clair à ce propos. En mettant comme condition à la poursuite pénale une obligation légale ou contractuelle, le législateur ne pensait pas à l'obligation générale de l'article 28 CC. Si tel avait été le cas, toute restriction à l'application de l'article 162 CP eût été inutile, puisque chacun est tenu de respecter les intérêts personnels d'autrui. Toute atteinte à ces intérêts par le biais d'une divulgation d'un secret commercial aurait dès lors justifié une poursuite pénale. Nous ne voyons cependant pas à quelles obligations légales le législateur a pensé ; tous les devoirs de discrétion imposés spécialement par la loi sont en effet sanctionnés par une disposition pénale particulière qui prime l'incrimination générale de l'article 162 CP [3]. La LCD se contente en revanche d'exiger que le secret ait été surpris ou appris d'une autre manière contraire à la bonne foi [4], mais encore faut-il que la divulgation ou l'exploitation du secret constitue un acte de concurrence déloyale. Le droit pénal n'apporte aucun élément supplémentaire à la notion de secret commercial, mais en réprime les violations qui constituent un acte de concurrence déloyale ou la violation d'une obligation contractuelle.

Précisons enfin qu'on distingue généralement les secrets de fabrication, qui concernent les processus techniques, et les secrets d'affaires, qui relèvent de l'administration et de l'exploitation du commerce ou de l'industrie [5].

B. *Devoir de fidélité et secret*

Si le respect du secret commercial est souvent l'objet de clauses spéciales dans les contrats, la révélation constitue parfois une violation des obligations contractuelles même en l'absence de telles clauses. La responsabilité contractuelle est plus étendue, mais n'a pas de conséquences sur l'objet du devoir de discrétion.

En 1938 déjà, le Tribunal fédéral a déclaré que « le contrat de travail crée des rapports de confiance et que, selon les clauses contractuelles, le devoir de fidélité peut déjà imposer au travailleur de garder

[3] Logoz, t. I *ad* art. 162 CP rem 3A, p. 203 et les exemples cités.
[4] *BlZR* 57 1958, nº 6 (p. 25) p. 28.
[5] Logoz, t. I *ad* art. 162 CP, p. 202. Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 236.

le secret » lorsque certaines conditions sont remplies [6]. Celui toutefois qui acquiert de façon licite la connaissance d'un secret et en a conscience, n'a l'obligation d'être discret, pendant et après la durée de ses services, que si des rapports juridiques spéciaux le lui imposent [7]. Quels sont ces conditions et rapport particuliers ?

Il s'agit de ceux que le droit commun exige pour la protection de n'importe quel secret privé. L'objet du secret ne doit en effet pas être notoire ou accessible à tout un chacun et l'intéressé, soit l'employeur, doit avoir la volonté et la possibilité effective de le conserver. Il doit manifester cette volonté à ses employés et leur indiquer clairement l'étendue, à ses yeux, de la sphère privée de l'entreprise. On ne peut toutefois exiger de l'employeur qu'il précise tous les éléments du secret. La nature du contrat, la personne et la formation de l'employé, sa situation dans le commerce et sa rémunération sont des indices déterminants de la confiance que l'intéressé est raisonnablement en droit de lui accorder. Si l'employeur outrepasse ces limites, il le fait à ses risques et périls. L'atteinte portée aux intérêts de l'entreprise lui est imputable si le travailleur ne pouvait déduire des circonstances qu'il devait se taire. Le devoir de fidélité comprend un devoir de discrétion dans la mesure où les circonstances montrent que l'employé, quel qu'il soit, n'a été mis au courant qu'à la condition, même tacite, de ne pas faire usage du secret pour son propre compte ni de le communiquer à des tiers. Le travailleur détenteur d'un secret d'affaires ou de fabrication, reconnu comme tel par le droit commun, ne peut le divulguer sans porter atteinte à la sphère privée de l'employeur. Le devoir de discrétion compris dans celui de fidélité se confond avec l'obligation découlant de l'article 28 CC.

L'essentiel est que dans chaque cas particulier les conditions du secret soient remplies. Que la volonté de maintenir le secret ne soit pas suffisamment claire, le devoir de discrétion disparaît. De même si pour une raison quelconque, notamment technique, il n'est pas possible d'éviter la diffusion du secret, la protection légale disparaît et avec elle, le devoir de discrétion. S'il veut malgré tout se prémunir contre l'exploitation par des tiers d'un procédé qu'il n'est pas possible de cacher, l'intéressé doit recourir à la protection spéciale du brevet [8]. Il n'est plus

[6] RO 64 II 172 = JdT 1938 I 534.

[7] RO 88 II 322.

[8] RO 88 II 322. Voir art. 49, al. 2 et 50, al. 1 de la LF sur les brevets d'invention, RS 232.14.

alors question de secret et le mode de protection offert par la loi est différent.

Par le biais de la législation spéciale, notamment sur les voyageurs de commerce et les agents [9], le devoir de discrétion a été étendu. La récente révision du contrat de travail [10] a permis de préciser le devoir de fidélité : pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires, dont il a pris connaissance au service de l'employeur. Il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur [11]. Pour déterminer l'illicéité de l'atteinte portée aux intérêts personnels par la divulgation d'un secret protégé par la loi, il faut donc recourir à l'*Interessenabwägung*. La loi elle-même le dit. Le législateur a expressément tenu compte de la nécessité pour le travailleur de mettre à profit les aptitudes et connaissances acquises chez l'employeur pour améliorer sa situation économique. Il n'y a divulgation ou exploitation illicite d'un secret que si l'intérêt supérieur de l'employeur est lésé [12].

Cette nouvelle réglementation du devoir de fidélité dans le contrat de travail confirme l'évolution récente de la doctrine en matière de conservation des secrets, qui s'applique également au contrat de mandat conformément à l'article 398 alinéa 2 CO [13]. Les autres contrats nommés ne connaissent pas le devoir de fidélité, au sens strict du terme, mais on peut se demander s'il ne convient pas d'appliquer l'article 321 a CO par analogie. Gautschi [14] le conteste en matière de contrat d'entreprise, alors même que ce type de relations contractuelles ressemble par certains côtés au contrat de travail. L'absence formelle d'un devoir de fidélité de l'entrepreneur n'exclut pas selon nous un devoir de discrétion. Le commerçant qui confie la fabrication de ses articles spéciaux à

[9] Voir art. 5, al. 3 de la LF du 13.6.1941 sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce, relatif aux constatations faites dans l'exercice de la profession. (Cette loi a été abrogée selon l'art 6, ch. 5 des dispositions finales et transitoires de la LF du 25.6.1971 révisant les Titres dixième et dixième bis du CO, ROLF 1971, p. 1461). Art. 418 d, al. 1 CO (LF du 4.2.1949, ROLF 1949 I, p. 813).

[10] LF du 25.6.1971 précitée.

[11] Art. 321 a, al. 4 CO.

[12] Message du Cons. féd., FF 1967 II (pp. 249 ss) p. 310.

[13] Gautschi, *ad* art. 398 CO, rem. 13 c, p. 366.

[14] Gautschi, *ad* art. 398 CO, rem. 16 a, p. 369.

un tiers peut s'attendre, selon les circonstances, que l'entrepreneur ne divulgue pas le secret de fabrication, même si le contrat ne le précise pas.

L'existence d'un devoir de fidélité implique un devoir de discrétion. Celui-ci découlant toutefois directement du droit commun, une clause particulière n'est pas indispensable.

C. *Le droit des sociétés*

Dans les sociétés commerciales, les contrôleurs astreints au secret professionnel ne sont pas seuls à observer une certaine discrétion sur les affaires de l'entreprise. Les contrats de sociétés de personnes ou les statuts de sociétés de capitaux contiennent parfois des clauses en ce sens vis-à-vis des sociétaires. Mais qu'en est-il à ce défaut ?

Pour la société anonyme, la question est simple. S'agissant d'une société de capitaux, aucune prestation personnelle n'est exigée des actionnaires, qui sont inconnus, du moins les détenteurs d'actions au porteur, et dont seul l'apport financier importe à la société. On ne saurait dès lors parler de devoir de fidélité ni d'obligation de discrétion [15]. Il en va différemment dans la société coopérative et dans les sociétés de personnes. La première obligation des coopérateurs est de veiller de bonne foi à la défense des intérêts sociaux [16]. Ce devoir de fidélité implique notamment l'interdiction de causer des dommages à la société [17] et il n'est pas douteux que la révélation illicite d'un secret d'affaires, par exemple, constitue une violation du devoir de fidélité. L'interdiction de causer des dommages existe également dans les sociétés de personnes ; elle fait partie de la *diligentia quam in suis* que chaque associé doit apporter aux affaires de la société [18].

La loi ne prévoit toutefois pas un devoir particulier de discrétion et, en l'absence de clause statutaire, le secret que les sociétaires doivent observer n'excède pas celui qu'impose l'article 28 CC.

[15] Voir Troxler, pp. 20/21.

[16] Art. 866 CO. Voir Gutzwiller, t. I, pp. 70-72.

[17] Troxler, p. 93.

[18] Voir art. 538, 557 et 598 CO, ainsi que les remarques à ce propos de Siegwart, (rem. I *ad* art. 538 CO, pp. 146/147 ; rem. II *ad* art. 557 CO, pp. 286/287 ; rem. I *ad* art. 598 CO, p. 449).

§ 3 Les autres devoirs de discrétion et l'obligation de témoigner

Section 1 *Généralités*

Les cas de conflits entre la protection de la vie privée et l'obligation de collaborer à la tâche du juge civil et pénal sont fréquents [1]. Contrairement au Code pénal et à la loi sur les banques, le droit commun ne contient aucune règle à cet égard. Le conflit n'est toutefois pas résolu par le simple fait que l'obligation de témoigner est fondée sur le droit public, tandis que la protection des secrets relève surtout du droit privé, même si le législateur a parfois renforcé cette protection par une sanction pénale.

Le droit ne protège pas l'engagement de se soustraire à un devoir de droit public [2] et notamment de renseigner la justice. En revanche, l'obligation de conserver un secret justifie parfois que l'on renonce à un témoignage ou à la production d'une pièce.

Section 2 *Le principe de la protection des secrets en procédure*

Dans les limites des principes généraux régissant les rapports entre le droit fédéral et celui des cantons, ceux-ci sont libres d'édicter les règles de procédure qu'ils veulent. Cela ne signifie toutefois pas que les juges ne doivent pas tenir compte des devoirs de discrétion imposés par l'article 28 CC, en l'absence même de toute disposition de la loi de procédure [1]. La doctrine et la jurisprudence n'ont pas encore précisé la limite ainsi apportée à l'application des règles formelles. Les solutions données à d'autres conflits entre la protection de la personnalité et l'obligation de témoigner permettent cependant de tirer quelques conclusions applicables par analogie. Nous pensons en particulier à la protection du sentiment de l'honneur du témoin ou à celle de ses relations familiales avec l'une des parties en procès.

[1] Grossen, JdT 1957, I, pp. 290 ss.

[2] RO 92 II (393) 397 (non rés. *in* JdT 1967 I 577). Guldener, RDS 80 1961 II, p. 51.

[1] Guldener, RDS 80 1961 II, p. 51.

Noll explique la protection des secrets commerciaux en procédure par la nécessité de respecter la protection pénale de ces secrets [2]. On peut douter qu'il soit suivi pour deux raisons. Premièrement les dispositions pénales ne définissent pas la portée du devoir de respecter les secrets d'affaires ou de fabrication. Deuxièmement, rien ne permet d'écarter en l'espèce l'application de l'article 32 CP qui exclut l'illicéité des actes ordonnés par la loi.

Bien que ce type de conflits soit très rare, le Tribunal fédéral a laissé entendre à plusieurs reprises qu'indépendamment des règles de la procédure applicable, le juge doit sauvegarder les secrets des intéressés et ceci quel que soit le fondement du devoir de témoigner ou de produire [3]. Notre Haute Cour n'a pas dit que le droit fédéral imposait aux cantons de reconnaître le droit de refuser de témoigner lorsque des secrets sont menacés ; elle exige simplement qu'il ne soit pas porté atteinte sans nécessité aux intérêts personnels protégés par l'article 28 CC [4]. Il ne s'agit donc pas de décider si en lui-même un secret peut et doit être révélé, c'est-à-dire qu'il n'en est plus un à l'égard du tribunal, mais d'examiner si les circonstances exigent qu'il le soit et dans quelle mesure. On retrouve ainsi la solution de la pesée des intérêts en présence.

En l'absence de toute règle spéciale, cette solution est la seule possible. Le juge est même tenu d'y recourir. Un secret privé n'existe en effet qu'à certaines conditions. Le droit ne le protège que si sa divulgation porte une atteinte illicite aux intérêts personnels de l'intéressé. Or, nous avons vu que l'illicéité dépend le plus souvent de la comparaison des intérêts opposés. Si donc l'intérêt à la révélation l'emporte sur le secret, la révélation n'est pas illicite, et partant le secret n'est plus protégé [5]. On ne saurait admettre que l'intérêt de la justice à la recherche de la vérité prime en toutes circonstances la conservation du secret. L'étroite dépendance de la procédure et des autres domaines du droit ne permet en effet pas d'être aussi catégorique, sauf à nier toute influence du droit privé sur les règles de procédure, ce qui serait absurde. La

[2] Noll, *Festgabe*, pp. 136, 141 et 143. Voir aussi Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 237.

[3] Voir à propos de l'art. 963 CO : JdT 1946 I 444 (le passage topique de cet arrêt n'est pas publié *in* RO 72 II 80).

[4] ATF non publié du 25.6.1929, Wäggital AG c/Portland.

[5] Grossen, RDS 79 1960 II, p. 31 a.

protection des secrets privés n'est d'ailleurs pas la seule limite à la compétence des cantons à cet égard. Mentionnons à titre d'exemple les cas de parenté ou d'alliance entre le témoin et l'une des parties au procès. La grande majorité des codes cantonaux contiennent des exceptions à l'obligation de témoigner fondées sur la protection de ces relations [6], mais si tel n'est pas le cas le juge doit tout de même en tenir compte. Ainsi, le tuteur qui n'est pratiquement jamais mentionné dans les lois cantonales bénéficie en raison des exigences du droit fédéral du droit de refuser de déposer, si son témoignage risque de mettre en cause ses rapports avec son pupille ou la sphère intime de celui-ci [7].

Section 3 *La pesée des intérêts par le juge*

A. *Les secrets d'autrui et les secrets propres au témoin*

Lorsque le secret professionnel ou le secret bancaire entre en conflit avec les règles de procédure, ce n'est pas le confident qui est intéressé au maintien du secret et la décision d'accorder ou non le droit de refuser de témoigner ne dépend pas des objections personnelles du détenteur aux questions posées. En revanche, la protection doit être étendue aux secrets propres à l'intéressé cité lui-même comme témoin, même s'ils ne sont pas l'objet d'un devoir de discrétion particulier. Le législateur a étendu la protection des faits soumis au secret professionnel des confidents qualifiés en raison d'un intérêt public, qui va au-delà de la simple protection de la personnalité. Mais l'intéressé bénéficie de la protection générale, sans égard au devoir de discrétion étendu de son confident. Le juge doit en tenir compte et ne saurait sans autre examen exiger d'un témoin qu'il renseigne le tribunal sur sa vie privée et notamment ses affaires. Le principe de la sauvegarde des secrets privés en procédure s'étend aussi bien aux détenteurs de secrets qu'aux intéressés eux-mêmes [1], les uns et les autres jouissant selon les circonstances du droit

[6] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 176.

[7] Guldener, p. 361, n. 25 et RDS 80 1961 II, p. 51. *Contra*: Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 200.

[1] JdT 1946 I 444 (passage non transcrit *in* RO 72 II 80).

de refuser de déposer. Cela étant, nous ne distinguerons plus dans la suite de ce paragraphe les secrets propres à un témoin de ceux que des tiers ont l'obligation de préserver.

B. *Les critères de décision*

Lorsqu'un témoin ou le détenteur d'une pièce invoque un secret privé ou un devoir de discrétion pour être dispensé de témoigner ou de produire, le juge doit se référer tout d'abord aux règles de procédure applicables. Si la loi prévoit l'obligation générale de témoigner et de produire, sans l'assortir d'exceptions en faveur de ces secrets, la protection que leur reconnaît le droit matériel n'est cependant pas supprimée de plein droit. L'atteinte portée aux intérêts personnels d'un tiers par la divulgation d'un secret, conformément aux règles de procédure, demeure parfois illicite en regard du droit fédéral. Exiger cette révélation contredirait dès lors la force dérogatoire du droit fédéral et les principes généraux de la procédure. Le rôle du juge consiste donc à déterminer dans quelle mesure la divulgation est contraire au respect du droit matériel et le secret doit être maintenu.

Seul un intérêt juridiquement protégé entre en considération et celui qui veut se soustraire au devoir de renseigner le juge doit rendre vraisemblable que sa déposition porterait une atteinte intolérable à sa vie privée ou à celle d'un tiers [2]. Le secret n'est pas présumé et il faut en établir les divers éléments. Cette preuve faite, le juge examine si l'intérêt au maintien du secret se justifie en droit, malgré la nécessité d'établir la vérité, en d'autres termes si le secret l'emporte sur le devoir de témoigner. Le Tribunal fédéral a notamment admis que le maintien d'un secret se justifiait, selon les circonstances, nonobstant le droit absolu reconnu aux lésés par le CPP zurichois de prendre connaissance du dossier pénal [3]. Les cantons, ont dit en substance les Juges de Mon Repos, ne sont pas limités dans leur droit de régler ce point en toute indépendance, mais il s'impose toutefois, d'après les principes généraux du droit, de limiter le droit de regard lorsqu'il existe un intérêt parti-

[2] Wehrli, p. 42.

[3] RO 95 I (439) 445 = JdT 1970 I (290) 296. § 10, al. 3 du CCP zurichois : « La faculté doit être donnée au lésé de prendre connaissance du dossier et d'assister aux auditions de l'inculpé en tant que cela peut se faire sans compromettre le résultat de l'enquête » (traduction du rédacteur du JdT).

culier à ce que des faits qui ressortent du dossier ne soient pas divulgués [4]. Ce principe doit être appliqué à toutes les opérations de procédure civile ou pénale qui présentent un danger pour les secrets de tiers aux procès. Dans une décision ultérieure, le Tribunal fédéral a en outre confirmé qu'une limitation du droit de prendre connaissance du dossier, justifiée par la sauvegarde de secrets de tiers, ne violait pas l'article 249 PPF [5].

En procédure pénale, la marge d'appréciation du juge est d'autant plus étendue qu'il existe un intérêt public évident à faire la lumière sur les circonstances d'un acte délictueux. Dans deux cas cependant, la divulgation d'un secret doit faire l'objet d'un examen plus attentif. D'une part, lorsque le dommage causé par le témoignage est sans commune mesure avec la nécessité de punir des délits de peu de gravité, notamment ceux qui sont poursuivis sur plainte uniquement. D'autre part, lorsque l'instruction porte exclusivement sur les conclusions civiles où seuls les intérêts d'une partie au procès s'opposent à ceux du témoin ou du tiers intéressé au secret. Dans ce cas les règles de la procédure civile, ou tout au moins les critères d'appréciation examinés plus avant, devraient être applicables. Une autre solution favoriserait certains abus, en ce sens que le procès pénal donnerait l'occasion au plaignant, par exemple, de profiter de l'instruction pour obtenir sans droit un renseignement confidentiel [6].

En matière civile, la tâche du juge est plus délicate, puisque le conflit oppose des intérêts privés [7].

Avant de *peser* les intérêts, le juge doit examiner deux points. Premièrement, lorsque la preuve entreprise ne nécessite qu'un témoignage restreint ou la production partielle d'un document, en forme d'extrait, évitant ainsi de compromettre un secret, le tribunal ne saurait exiger une information plus complète, mais inutile à l'instruction de la cause. De nombreuses dispositions de procédure permettent d'ailleurs de sauvegarder les secrets contenus dans des écrits, sans renoncer à la preuve pour autant [8]. Une solution très répandue, mais qui ne nous paraît applicable que si la procédure la prévoit, consiste à exclure les parties de la

[4] ATF précité et les références.
[5] RO 97 IV (229) 232 = JdT 1972 IV (91) 93.
[6] Voir Wehrli, p. 68. *Supra*, chap. II, pp. 101/102.
[7] Voir *supra*, chap. II, p. 103.
[8] Guldener, p. 152, texte et n. 13.

procédure probatoire [9]. Porté à la seule connaissance du tribunal, le secret est pour l'essentiel sauvegardé, les juges étant eux-mêmes tenus par le secret de fonction. Le juge doit examiner aussi dans quelle mesure la preuve entreprise ne peut pas être rapportée d'une autre manière qui ne mette pas en cause la sphère intime ou privée d'un tiers au procès. Dans le premier cas, le maintien du secret perd de son importance, alors que dans le second, rien ne s'oppose à ce qu'il soit protégé.

L'*Interessenabwägung* tient compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Il peut donc arriver qu'un même devoir de discrétion constitue un motif de dispense de témoigner ou de produire dans un cas et pas dans l'autre. Son application ne crée de réelles difficultés que lorsque les intérêts en conflit sont de même importance. En revanche, lorsqu'une disproportion évidente existe entre le préjudice que causerait une divulgation et l'importance du litige principal ou de la preuve pour le sort de celui-ci, la décision est simple. Le principe de la proportionnalité exige que le secret soit maintenu [10].

C. *Les solutions de la procédure fédérale*

Le droit fédéral n'impose pas de règle pour la solution des conflits entre l'obligation de renseigner la justice et la conservation des secrets privés. Les solutions des procédures fédérales ne sont en particulier pas des modèles impératifs pour les cantons. Il est toutefois intéressant de relever que la protection des secrets privés est admise en principe même par la loi fédérale sur la procédure pénale [11]. En procédure civile devant le Tribunal fédéral et en procédure administrative fédérale, la pesée des intérêts est prévue par les articles 42 alinéa 2 PCF et 16 LPA. En imposant toutefois au juge de recourir tout d'abord aux mesures de précaution de l'article 38 PCF, soit l'administration des preuves hors de la présence des parties, le législateur fédéral a confirmé le caractère subsidiaire de l'*Interessenabwägung* [12].

Relevons encore que l'obligation de sauvegarder les secrets de fabrication ou d'affaires des parties est imposée aux tribunaux des cantons

[9] Voir notamment art. 42 PCF.

[10] Noll, *Festgabe*, p. 141.

[11] Art. 69 PPF. Art. 50 de la LF sur le droit pénal administratif du 22.3.1974, RS 313.0.

[12] Message du Cons. féd. FF 1947 I, p. 1026.

dans l'instruction des affaires civiles et pénales relatives aux infractions à la loi sur les brevets d'invention [13]. L'article 68 de cette loi précise en effet qu'il ne sera donné connaissance à la partie adverse des moyens de preuve propres à révéler de tels secrets que dans la mesure compatible avec leur sauvegarde. Cette disposition ne s'applique toutefois qu'aux secrets des parties ; ceux des tiers sont protégés par le droit commun.

Section 4 *Conclusion*

La solution des conflits entre l'obligation de témoigner et de produire des pièces, d'une part, et les devoirs de discrétion et les secrets protégés par le droit matériel, d'autre part, doit être recherchée d'abord dans les lois de procédure fédérales et cantonales. Mais la procédure ne doit pas aller à l'encontre du droit matériel. Dès lors, même si la loi applicable exclut le maintien d'un secret, les règles sur la protection de la personnalité l'emportent chaque fois que l'intérêt à la preuve est moins grand que celui à cette protection.

Cette solution vaut également lorsque le secret bancaire est invoqué comme motif de dispense de renseigner la justice, mais pas le secret professionnel au sens de l'article 321 CP dont la portée est différente. En revanche, les règles du droit commun et notamment le principe de l'*Interessenabwägung* trouvent application lorsque le détenteur d'un renseignement qui est l'objet du secret professionnel n'est pas un confident qualifié, ou qu'il s'agit de l'intéressé lui-même.

L'appréciation du juge dépend de toutes les circonstances de l'espèce. Les devoirs de discrétion fondés sur l'article 28 CC et renforcés par une sanction pénale ou une obligation contractuelle ne l'emportent pas nécessairement. L'usage ou la mention expresse du devoir de discrétion dans un contrat constituent toutefois des indices permettant de présumer le secret.

Nous pensons qu'un élément subjectif mérite l'attention du juge. Un témoignage contraint est sujet à caution [1]. Aussi le juge doit-il éviter de minimiser l'importance que revêt pour le témoin le maintien du secret qu'il invoque. Pareil inconvénient ne se présente pas dans la

[13] RS 232.14.

[1] Chevassu, p. 238.

preuve par la production d'un titre. Mais alors c'est le risque d'une divulgation qui s'accroît. Le juge n'omettra pas de considérer ce risque avant de rendre sa décision.

Enfin, il faut souligner l'importance du pouvoir d'appréciation du juge, conséquence directe de l'*Interessenabwägung*. Dans le cas du secret professionnel, la tendance actuelle confère ce pouvoir aux confidents qualifiés, spécialement désignés par le législateur comme des personnes de toute confiance. Pour tous les autres secrets, la décision appartient au juge. Compte tenu de la diversité des intérêts en jeu et de leur importance différente d'une espèce à l'autre, nous pensons qu'il est opportun de lui laisser la plus grande liberté d'appréciation. La solution du conflit entre un devoir de discrétion et celui de renseigner la justice dépend en effet de trop d'éléments pour faire l'objet d'une disposition légale précise et nécessairement limitée.

Troisième partie

Procédure vaudoise

Chapitre I

LA NOTION DE SECRET EN DROIT VAUDOIS

En procédure civile et pénale vaudoise, la règle est l'obligation pour chaque justiciable de renseigner la justice, sanctionnée par une amende [1]. Les codes de procédure actuellement en vigueur, comme ceux qui les ont précédés, prévoient diverses mesures de sauvegarde des secrets des témoins et des détenteurs de pièces. Ces dispositions sont pour la plupart générales et manquent parfois de clarté. Avant d'étudier la portée des exceptions à la règle, il nous paraît donc essentiel de préciser quels secrets le législateur vaudois a voulu protéger. Nous étudierons ensuite les voies de recours offertes aux intéressés.

§ 1 Procédure civile

Section 1 *Le secret professionnel*

A. *Le code de procédure civile du 14 décembre 1966*

Le code de procédure civile du 20 novembre 1911 contenait pour la première fois, à son article 188, une disposition générale permettant de dispenser du témoignage les personnes soumises au secret professionnel. Le code de 1869 au contraire n'affranchissait personne de l'obligation de renseigner le juge et se contentait de prévoir certains cas où le témoin pouvait refuser son assermentation, mais restait tenu de dépo-

[1] Art. 195 CPC et 193 CPP.

ser « à titre de renseignement », à moins que son audition ne fût jugée inconciliable avec le respect de la morale publique. L'exposé des motifs du projet de loi de procédure civile contentieuse de 1911 affirmait que l'obligation de témoigner a des limites que la loi ne saurait ignorer [1]. La seule question véritablement délicate, était-il précisé [2], est celle du secret professionnel : il y a des cas où il faut reconnaître à un témoin la faculté de refuser son témoignage à la justice, à raison d'obligations professionnelles qui lui imposent le silence. La solution retenue en 1911 était analogue à celle de la procédure germanique et consistait — après avoir posé en principe que nul n'est tenu de déposer sur des faits qu'un devoir professionnel lui interdit de révéler, s'il n'est expressément délié de ce devoir — à charger le juge d'apprécier suivant la nature de la profession ou des fonctions qu'exerce le témoin, jusqu'où s'étend le secret professionnel [3]. Aucune distinction n'était faite selon la nature ou l'origine du devoir de discrétion, pourvu qu'il fût en relation directe avec la profession. La loi imposait cependant au juge de s'opposer d'office à toute question à laquelle le témoin ne pouvait répondre sans violer une prescription légale ou réglementaire qui lui imposait le secret. A l'époque, aucune loi ne reconnaissait à ceux qui exerçaient une profession de confident le droit de disposer librement de leur secret lorsqu'ils en étaient déliés par les intéressés. La loi ne donnant aucune définition du secret, le juge devait examiner si un devoir de discrétion existait, à moins que l'intéressé n'ait consenti au témoignage. Il déterminait l'étendue du devoir de discrétion de cas en cas, sans distinguer les confidents qualifiés des autres détenteurs d'un secret de profession [4].

Une décision du Tribunal cantonal [5] fit apparaître les inconvénients de l'article 188 aCPC et fut indirectement à l'origine de la disposition actuelle. Le président du Tribunal du district du Pays d'Enhaut avait condamné un médecin qui avait refusé par principe de répondre aux questions posées par voie de commission rogatoire. Le condamné avait recouru au Tribunal cantonal contre ce jugement. Délié du secret professionnel par les deux parties au procès, le médecin invoquait les usages en honneur dans le corps médical vaudois auxquels s'était référé l'exposé

[1] Exposé des motifs (1911), p. 15.
[2] Exposé des motifs (1911), p. 16.
[3] Exposé des motifs (1911), p. 16.
[4] Ch. des rec., 17.1.1951 (Guignard).
[5] JdT 1953 III 57.

des motifs du code de 1911. Le Tribunal cantonal a rejeté le recours pour le motif que l'application stricte de la loi de procédure donnait au seul juge le pouvoir de décider de l'étendue du secret professionnel. Comme le juge appréciait chaque cas, selon la nature de la profession, il était à même de juger lorsque les intéressés avaient délié le témoin de son devoir professionnel, si la question portait atteinte aux intérêts d'un tiers ou à l'ordre public et, le cas échéant, de s'y opposer. Pour le Tribunal cantonal, il n'y avait aucune raison de faire une distinction entre le secret médical et celui d'autres professions, puisque la loi n'en faisait pas.

Cette opinion était conforme à la volonté du législateur de 1911 mais perdait de vue les dispositions spéciales et postérieures réglementant certains devoirs professionnels de discrétion. Le commentateur du Journal des Tribunaux a relevé d'ailleurs [6] l'importance de principe de la décision, insistant sur le fait que l'article 188 aCPC semblait l'emporter sur l'article 26 alinéa 2 de la loi sur le barreau et l'article 48 alinéa 2 de la loi sur le notariat. Soulignant l'évolution récente de la notion de secret professionnel, en particulier dans la doctrine allemande, il se demandait, sans discuter toutefois le bien-fondé du secret absolu, s'il n'était pas souhaitable que la commission étudiant la révision du code de procédure civile examinât si la teneur de l'article 188 correspondait à l'évolution de la doctrine.

En 1966, une décision du Tribunal civil du district de Lausanne a confirmé cette évolution à l'encontre de la jurisprudence, ainsi que la nécessité de tenir compte en matière de secret professionnel des dispositions topiques des lois spéciales régissant l'exercice de certaines professions [7]. Alléguant qu'il était seul juge de l'intérêt des parties, un médecin avait refusé de témoigner malgré leur consentement. Se référant à l'arrêt précité, le Tribunal de Lausanne a invoqué tout d'abord l'évolution de la doctrine allemande tendant à conférer, à l'image de la doctrine française, le droit absolu de se taire aux dépositaires d'un secret professionnel. Sa décision est en outre fondée sur l'article 38 bis alinéa 2 de la loi sur l'organisation sanitaire entrée en vigueur en 1957, qui reconnaît aux médecins le droit de taire ce qu'ils ont appris dans l'exercice de leur profession, même s'ils ont été au préalable déliés de leur

[6] Note JV, JdT 1953 III 60.
[7] TD Lausanne, 25.3.1966 (Boitzy).

devoir de discrétion. Le Tribunal a relevé que le détenteur du secret professionnel était seul juge du droit de refuser le témoignage et que dès lors le juge n'était plus en mesure d'apprécier, tout au moins en matière de secret médical, jusqu'où s'étendait le devoir de discrétion.

Cette décision est à l'origine de la distinction en procédure de deux types de secrets, selon la profession exercée par le témoin. Le commentaire du projet du code actuel relève que le statut particulier de certaines professions rendait nécessaire cette distinction [8]. Elle s'imposait en raison des lois cantonales comme des exigences du droit fédéral en matière de secret professionnel.

L'article 198 du code de 1966, dont le titre marginal est « secret professionnel ou de fonction », prévoit un droit de refuser de témoigner différent pour les confidents ordinaires, certains confidents qualifiés et les fonctionnaires. En vertu du renvoi de l'article 179 lettre b CPC, ce droit s'étend également à l'obligation de produire des pièces.

Malgré le titre marginal, le secret professionnel dont il est question à l'alinéa 1 n'est pas uniquement le devoir de discrétion des confidents qualifiés au sens du Code pénal. La loi de procédure ne mentionne pas l'article 321 CP et les travaux préparatoires montrent que l'article 198 CPC s'applique aussi à d'autres secrets. Pour l'auteur du projet, les règles sur le secret professionnel consacrent le principe du secret absolu pour certaines professions, conformément aux lois spéciales régissant ces professions [9]. Le code de procédure ne fait toutefois pas allusion à ces lois ou usages spéciaux ; il se contente d'énumérer limitativement les praticiens visés : les ecclésiastiques, les avocats, les notaires, les agents d'affaires brevetés, les médecins, les pharmaciens, les sages-femmes et leurs auxiliaires. La plupart d'entre eux sont soumis au secret professionnel sanctionné par le Code pénal, mais leur devoir de discrétion découle aussi de dispositions vaudoises spéciales.

B. *Les lois spéciales imposant le secret professionnel*

Pour rédiger l'article 198 alinéa 2 CPC, l'auteur s'est inspiré des lois sur le barreau, le notariat, les agents d'affaires brevetés, ainsi que

[8] BGC 1966, p. 721. Exposé des motifs.
[9] Commentaire AP 1960, p. 63.

de la loi sanitaire. Dans les cas visés par la disposition, l'intérêt public au secret confère au détenteur de celui-ci le droit absolu de refuser de témoigner, même s'il est délié du secret professionnel par son client ou son patient [10]. Aucune allusion n'est faite à l'article 321 CP dans les travaux préparatoires du nouveau code, bien que l'énumération des professions « privilégiées » soit à trois exceptions près identique à celle du Code pénal. La notion de secret professionnel est-elle pour autant différente en droit vaudois ? Avant de se prononcer, il est nécessaire d'examiner toutes les lois vaudoises traitant du secret professionnel, sans se limiter à la liste non exhaustive figurant dans l'exposé des motifs. Nous nous en tiendrons à l'ordre des professions arrêté par le législateur de 1966.

1. La loi ecclésiastique

Les ecclésiastiques figurent au premier rang des professionnels auxquels le code de procédure civile reconnaît le droit absolu de refuser de témoigner. On peut dire qu'en la matière le législateur de 1966 a innové, puisqu'aucune loi vaudoise ne prévoit un tel droit. Seule la nouvelle formule de consécration des pasteurs de l'Eglise évangélique du canton de Vaud fait état du devoir de « discrétion qu'impose le saint ministère » [11]. L'usage a cependant toujours prévalu, avant même l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure, que les tribunaux respectent le secret professionnel des pasteurs et des prêtres. Il n'y a d'ailleurs jamais eu à notre connaissance de litige à ce propos depuis 1911 devant les autorités judiciaires vaudoises. Le cas des ecclésiastiques n'a fait l'objet d'aucune discussion pendant l'élaboration du code de procédure civile, mais il a été évoqué en revanche dans les travaux de la commission parlementaire chargée d'examiner le troisième avant-projet de code de procédure pénale. Celui-ci comportait en effet une disposition très semblable à l'article 198 alinéa 2 CPC, mais qui ne fut pas retenue [12]. Il ressort de la discussion relative à cette disposition que le

[10] BGC 1966, p. 721. Exposé des motifs.

[11] Art. 61 de la loi ecclésiastique du 25.5.1965. ROLV 1965, p. 135.

[12] AP III, septembre 1965, art. 191 CPP : « Nul n'est tenu de déposer comme témoin sur un fait qu'un devoir professionnel ou de fonction lui interdit de révéler, s'il n'est expressément délié de ce devoir.
Même si l'intéressé a consenti à la révélation, les ecclésiastiques, les avocats,

secret professionnel est respecté sans discussion pour les ministres du culte de toutes les confessions et qu'il n'y a de limites que pour certaines sectes, car il n'est pas admissible que n'importe quel laïque invoque le secret professionnel en se prétendant titulaire d'une fonction ministérielle [13].

Il n'est dès lors pas douteux que la notion vaudoise de secret ecclésiastique comprenne dans toute son étendue celle de l'article 321 CP.

2. La loi sur le barreau

La loi sur le barreau du 22 novembre 1944 fut la première à reconnaître aux avocats la faculté discrétionnaire de taire ce qu'ils apprennent dans l'exercice de leur profession, même lorsqu'ils sont déliés par leurs clients. L'exposé des motifs de cette loi souligne la nécessité, confirmée par la pratique, de donner un caractère absolu au secret professionnel des avocats [14]. Au cours de la discussion, un député a déclaré que la formule était trop étendue et contredisait l'article 226 aCPP [15]. Son amendement ne fut pas mis au vote, la majorité du Grand Conseil ayant admis le point de vue du représentant du Conseil d'Etat qui avait fait remarquer que l'intérêt à la conservation absolue des secrets confiés à l'homme de loi dépassait celui de l'administration de la justice [16]. L'article 26 prévoit dès lors que l'avocat est lié par le secret professionnel. A raison de ce devoir de discrétion, il ne peut être obligé de révéler ce qu'un client lui a confié, même s'il en est délié par lui.

les notaires, les agents d'affaires brevetés, les médecins, les pharmaciens, les sages-femmes et leurs auxiliaires ne peuvent être tenus de témoigner sur des secrets dont ils ont eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de leur ministère ou de leur profession.

Les magistrats et les fonctionnaires ne sont tenus de déposer sur des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions que dans les limites du droit administratif fédéral et cantonal.

En cas de contestation sur l'existence ou l'étendue du secret invoqué, le juge, après avoir pris, s'il y a lieu, les renseignements nécessaires, décide si le témoin est en droit d'invoquer le secret professionnel ou de fonction et si les faits sur lesquels doit porter l'audition sont couverts par le secret. »

[13] Comm. parl. CPP, PV, p. 70 (Bonnard). Voir *supra* 2e partie, chap. I, p. 41.

[14] BGC automne 1944, p. 116.

[15] BGC automne 1944, p. 134 (Delhorbe).

[16] BGC automne 1944, p. 138 (Vodoz).

La loi vaudoise astreint l'avocat au secret professionnel, mais paraît limiter son devoir de discrétion à ce qui lui est confié par son client. Sans trancher véritablement la question, le Tribunal cantonal avait laissé entendre que le secret ne s'étendait pas aux faits étrangers à la relation avocat-client [17]. D'après cette jurisprudence, le juge de première instance devrait décider quels faits sont couverts par le secret et lesquels ne le sont pas. L'article 198 alinéa 2 CPC a résolu la question dans le même sens que le Code pénal.

Le commentaire du projet de code de procédure civile soumis au législateur fait en outre allusion aux usages en vigueur dans les professions concernées [18]. Or, l'ancien article 24 des Usages du barreau vaudois avait la teneur suivante : « L'avocat est lié par le secret professionnel. S'il en est délié par son client, il est juge de l'opportunité de révéler ce qu'il a appris au cours de l'exercice de sa profession, mais il ne doit y être contraint ni par le juge, ni par son client » [19]. Ce texte, qui émane de l'Ordre des avocats, n'est pas directement applicable, mais montre comment le secret est entendu par les praticiens. La référence aux usages mentionnée plus haut prouve que le législateur de 1966 n'a pas négligé cette opinion, quand même la loi sur le barreau ne mentionne que les faits confiés par le client et non l'ensemble de ceux que l'avocat apprend dans l'exercice de sa profession.

3. La loi sur le notariat

Le secret professionnel des notaires exerçant dans le canton de Vaud était réglementé par la loi du 18 novembre 1940. Le rapporteur

[17] JdT 1946 III 125/126.

[18] BGC 1966, p. 721. Exposé des motifs.

[19] Voir Piccard, p. 58. Le nouvel article 26 des Usages du Barreau vaudois, en vigueur dès le 19.1.1973, rappelle que l'avocat est lié par le secret professionnel. S'il en est délié par son client et s'il estime devoir témoigner, il se conformera à l'article 10. Cette disposition a la teneur suivante : « L'avocat ne témoigne pas en justice sur un fait dont il a eu connaissance dans l'accomplissement de son mandat ; exceptionnellement et s'il estime ne pas pouvoir refuser son témoignage, il devra requérir préalablement du bâtonnier, l'autorisation de déposer. Les règles sur le secret professionnel sont réservées. »

En pratique, le Conseil de l'Ordre et le Bâtonnier se sont toujours montrés restrictifs quant aux autorisations de déposer comme témoin sollicitées par des avocats selon cette disposition. (Voir à cet égard : Usages du Barreau vaudois, annexe au rapport du Bâtonnier Pierre Ramelet présenté à l'assemblée générale ordinaire du 25.3.1976, p. 3)

de la commission avait précisé à l'époque qu'il s'agissait d'un secret absolu, à moins que la question ne relevât de la juridiction pénale [20]. Cette remarque pourrait signifier que la réserve apportée à l'alinéa 3 de l'article 48 [21] concernait les règles de procédure pénale relatives à l'obligation de témoigner. A lire cependant l'exposé des motifs de la loi actuelle, du 10 décembre 1956, il apparaît que cette réserve visait uniquement les dispositions pénales réprimant les violations du secret professionnel, en particulier l'article 321 CP. Ces dispositions étant réservées de plein droit, le législateur de 1956 a supprimé le troisième alinéa de l'article 48 [22].

Contrairement à la loi sur le barreau, la loi sur le notariat étend expressément le secret professionnel à tous les faits confiés au notaire en raison de son devoir de discrétion, et non aux seules confidences des clients.

4. La loi sur la profession d'agent d'affaires breveté

Le droit vaudois considère les agents d'affaires comme des confidents nécesaires. La loi du 20 mai 1957 régissant l'exercice de cette profession prévoit à son article 48 que l'agent d'affaires breveté et l'employé agréé sont liés par le secret professionnel. A ce titre, ils ne peuvent être obligés de révéler ce qu'un client leur a confié, même s'ils sont déliés par lui du secret.

Les travaux préparatoires de la loi ne donnent aucune explication sur l'introduction du secret professionnel absolu, sinon que la nouvelle disposition a été mise en harmonie avec les lois sur le barreau et le notariat [23]. En droit vaudois, les avocats, les notaires et les agents d'af-

[20] BGC automne 1940, p. 354.

[21] Art. 48, al. 3 ancien LN : « les dispositions de la législation pénale en matière de secret professionnel sont réservées ».

[22] BGC automne 1956, p. 970, Art. 61 LN : « le notaire est lié par le secret professionnel. A ce titre, il ne peut être obligé de révéler ce qu'une personne lui a confié en raison de ce devoir de discrétion, même s'il en est délié par elle ».

[23] Art. 37 de la loi du 18.12.1944 sur la profession d'agent d'affaires breveté : « L'agent d'affaires breveté et l'employé agréé sont liés par le secret professionnel.

Ils ne peuvent être obligés de révéler ce qu'un client leur a confié en raison de ce devoir de discrétion, à moins qu'ils n'en soient expressément déliés par le client ou par le juge dans les cas fixés par la loi. » Voir BGC printemps 1957, p. 199.

faires ont donc le même devoir de discrétion, bien que les dispositions ne soient pas toutes rédigées de la même manière. Cette similitude confirme selon nous l'extension du secret aux renseignements appris dans l'exercice de la profession, qu'ils concernent les clients du confident ou des tiers.

5. La loi sur l'organisation sanitaire

La notion vaudoise de secret professionnel est exposée en détail dans les motifs du projet de loi modifiant la loi du 9 décembre 1952 sur l'organisation sanitaire [24]. Aux termes de l'article 38 bis de cette loi, les médecins, les médecins-dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, sont liés par le secret professionnel. A raison de ce devoir de discrétion, ils ne peuvent être obligés de révéler les secrets qui leur ont été confiés ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur profession, et cela même s'ils en sont déliés par leur client ou par l'autorité compétente. Les avis et déclarations aux autorités sanitaires, ordonnés par les lois et règlements, font exception. Avant d'introduire cette disposition dans la loi vaudoise, le législateur s'est penché sur la notion de secret médical de l'article 321 CP [25]. Estimant la portée de la disposition pénale trop restreinte, il a opté pour un secret de type français, allant même plus loin que la règle fédérale au sens où nous l'avons interprétée.

Le Code pénal ne règle pas de façon exhaustive le secret des confidents qualifiés. Il est loisible aux cantons d'imposer le secret professionnel et de prévoir des sanctions disciplinaires en cas de violation, même lorsqu'il s'agit des professions visées à l'article 321 CP [26]. Le droit vaudois, à l'instar du droit fédéral, considère que le secret médical est d'ordre public ; le consentement du patient ne saurait donc délier valablement le médecin de son devoir de discrétion[27]. Il n'en demeure pas moins que l'intérêt à la révélation l'emporte parfois sur le maintien du secret, mais l'obligation de parler ne peut résulter que d'une loi.

[24] Exposé des motifs du projet de loi modifiant notamment la loi du 9.12. 1952 sur l'organisation sanitaire. BGC automne 1957, pp. 530 ss.

[25] BGC automne 1957, p. 534.

[26] RO 97 I (831) 836 = JdT 1973 I (200) 204/205.

[27] BGC automne 1957, pp. 535/536.

En procédure, la solution adoptée consiste à remettre la décision finale entre les mains du confident, dans la mesure où il a été délié de son obligation. Depuis l'entrée en vigueur des lois sur le notariat, le barreau et les agents d'affaires, cette solution était implicitement admise, malgré une jurisprudence contraire. Le Grand Conseil l'a dit expressément à l'occasion de la révision de la loi sur l'organisation sanitaire [28]. Il a pourtant fallu attendre près de dix ans avant que les règles de procédure ne soient modifiées en conséquence et mises en accord avec la notion vaudoise de secret professionnel.

L'article 38 bis LOS présente deux particularités ; il définit l'objet du secret médical constitué non seulement par les renseignements confiés, mais aussi par ceux que le praticien découvre dans l'exercice de sa profession. Il astreint en outre les auxiliaires au secret. Par auxiliaires, « il faut entendre principalement les employés, mais aussi les personnes qui, sans être liées à un praticien par un contrat de travail ou d'entreprise, exécutent les prescriptions d'une personne exerçant une profession médicale : ainsi un opticien exécutant une ordonnance, un masseur pratiquant un traitement sur prescription du médecin traitant » [29]. Toutes les personnes qui donnent des soins sont-elles toutefois des auxiliaires, notamment celles qui exercent une profession paramédicale au sens de l'article 70 LOS [30] ? Le législateur n'a pas voulu établir la liste des professions paramédicales astreintes au secret professionnel. Une telle liste eût d'ailleurs été nécessairement incomplète dès le jour où le Conseil d'Etat aurait fait usage de sa compétence de déclarer paramédicales de nouvelles professions. On peut citer à titre d'exemple le cas des psychothérapeutes non médecins pour enfants et adolescents, autre-

[28] BGC automne 1957, p. 536 : « Pour ce qui est des avocats et des notaires, la solution est claire : même délié par son (*sic*) client, l'avocat et le notaire ne peuvent être obligés de révéler ce que ce dernier leur a confié. Ces textes l'emportent sur les règles des codes de procédure civile et pénale » ; p. 539 : « Le Conseil d'Etat propose de s'en tenir à la solution adoptée par la loi sur le barreau et la loi sur le notariat. »

[29] BGC automne 1957, p. 540.

[30] Art. 70 LOS : « Sont soumis aux règlements élaborés par le Conseil d'Etat :

a) les sages-femmes, infirmières, infirmières-visiteuses, infirmières d'hygiène maternelle et infantile, infirmiers ;

b) les aides sanatoriales ;

c) les opticiens, mécaniciens pour dentistes, bandagistes, orthopédistes, physiopraticiens, pédicures ;

d) les personnes exerçant une autre activité déclarée profession paramédicale par le Conseil d'Etat. »

ment dit les psychologues, qui ne peuvent exercer leur profession que sous le contrôle d'un médecin [31]. Les aides-hospitaliers, considérés comme les « auxiliaires de l'infirmière, de l'infirmier, de l'infirmière-assistante et de la gouvernante de maison d'un établissement sanitaire » [32], font également partie du personnel paramédical. En droit vaudois, les professions paramédicales sont astreintes au secret professionnel. L'exercice de toutes les professions régies par les règlements élaborés par le Conseil d'Etat, conformément à l'article 70 LOS, n'est autorisé, en règle générale, que sous la surveillance d'un médecin, dans la mesure où il implique des soins à une personne atteinte dans sa santé physique ou psychique. Même si aucun contrat ne lie le médecin et le praticien, celui-ci doit être considéré comme auxiliaire soumis au secret médical [33]. En outre l'article 11 du règlement du 18 juillet 1969 sur l'exercice de la profession de laborantine ou de laborant médical [34] précise que celui ou celle qui exerce cette profession est tenu au secret médical. C'est à notre connaissance la seule fois que l'expression figure dans un règlement relatif à l'exercice d'une profession paramédicale. Le secret professionnel des laborants est donc bien le même que celui de l'article 38 bis LOS, et non un simple devoir de discrétion.

La définition des auxiliaires [35] ainsi que l'étendue du secret aux renseignements découverts dans l'exercice de la profession valent aussi pour les autres professions soumises au secret professionnel en droit vaudois. Le législateur l'a confirmé en reprenant l'une et l'autre à l'article 198 alinéa 2 CPC.

Le législateur vaudois a cependant voulu éviter d'aller trop loin dans le sens de la protection du secret médical et a laissé au juge le soin de déterminer s'il existe dans les professions exercées sans surveillance d'un médecin ou d'un autre confident qualifié [36]. On peut citer notamment les garde-malades en cas d'urgence [37], les opticiens lorsqu'ils pratiquent de leur propre chef des examens de la vue [38], les pédi-

[31] Voir le règlement du 18.1.1966, ROLV 1966, p. 8, en particulier l'art. 2.

[32] Voir le règlement du 25.7.1969 sur l'apprentissage de la profession d'aide-hospitalier et d'aide-hospitalière, ROLV 1969, p. 137.

[33] BGC automne 1957, p. 540.

[34] ROLV 1969, p. 134.

[35] Voir TA 7.11.1969 (Genoud), rés. *in* JdT 1971 III 7.

[36] BGC automne 1957, p. 540.

[37] Voir art. 13 du règlement du 3.3.1939, ROLV 1939, p. 29.

[38] Voir art. 4 du règlement du 22.2.1957, ROLV 1957, p. 12.

cures [39] et les physiothérapeutes qui exercent leurs compétences sur des personnes présumées en bonne santé [40].

Dans l'étude de la loi sur l'organisation sanitaire, il reste à examiner le cas particulier des chiropraticiens, astreints au secret professionnel selon l'article 95. Au moment de la révision de la loi, on a envisagé d'abroger cette disposition et d'inclure les chiropraticiens à l'article 38 bis. Le législateur a toutefois considéré que cette profession n'était ni médicale, ni paramédicale et qu'elle devait au contraire faire l'objet d'une règlementation particulière [41]. Les chiropraticiens ne sont pas astreints au secret médical, mais à un devoir professionnel de discrétion au sens que nous avons donné à cette expression dans notre deuxième partie. Il est en conséquence logique de ne pas voir figurer les chiropraticiens à l'article 198 alinéa 2 CPC, bien qu'on puisse se demander s'il ne conviendrait pas de les inclure dans la liste des confidents qualifiés. C'est en tout cas l'avis du Tribunal cantonal qui a admis que la loi sur l'organisation sanitaire avait expressément étendu le secret professionnel aux chiropraticiens, mais pas aux médecins-vétérinaires [42]. Cette opinion nous paraît toutefois erronée *de lege lata* ; si telle avait été l'intention du législateur, il aurait dû l'exprimer clairement et ne pas consacrer une disposition particulière au devoir de discrétion des chiropraticiens. *De lege ferenda*, il est paradoxal d'étendre autant la notion d'auxiliaire, en particulier aux masseurs, et d'en exclure les chiropraticiens. Il ne faut pas oublier que leur activité est souvent comparable à celle d'un médecin, et non à celle d'un auxiliaire. Nous pensons qu'ils devraient figurer à l'article 38 bis LOS et à l'article 321 CP.

Section 2 *Les autres devoirs de discrétion*

A. *Les devoirs professionnels de discrétion*

L'ancien code de procédure civile ne distinguait pas, nous l'avons dit, les confidents qualifiés des autres personnes à qui leur profession impose le respect d'une certaine discrétion. L'article 188 aCPC s'ap-

[39] Règlement du 30.12.1958, ROLV 1958, p. 420.

[40] Voir art. 10 du règlement du 2.7.1975 sur l'exercice de la physiothérapie (ROLV 1975, p. 162).

[41] BGC automne 1957, p. 541.

[42] JdT 1958 III 26.

pliquait aux uns et aux autres [1]. Bien que le nouveau code règle différemment le devoir de certains témoins, la confusion demeure en raison du titre marginal de l'article 198 CPC. La loi ne dit rien du devoir professionnel visé à l'alinéa 1. Quel est donc ce motif de dispense de témoigner ?

Si, dans son commentaire de l'avant-projet, Cavin [2] souligne la consécration du secret absolu pour certaines professions, il ne dit rien à propos des autres personnes visées à l'article 198 alinéa 1 CPC. Puisqu'il n'existe aucune liste, il appartient au juge d'apprécier dans chaque cas l'existence d'un devoir de discrétion. Dans l'arrêt Guignard [3], la Chambre des recours du Tribunal cantonal a posé le principe suivant, sans toutefois le formuler aussi précisément : il existe un devoir de discrétion justifiant le refus de témoigner dans la mesure où la révélation d'un secret compromettrait le bon exercice de la profession du témoin. C'était en l'espèce le cas du directeur de l'Office vaudois de cautionnement mutuel, qui aurait rencontré de grandes difficultés dans ses enquêtes s'il n'était astreint à une certaine discrétion. Les informateurs de l'OVCM n'auraient en effet pas voulu, selon le Tribunal cantonal, que les renseignements confiés par eux à cet office sous le sceau du secret soient divulgués sans leur accord, même devant un tribunal.

A la lumière de cette décision et de l'article 198 alinéa 1 CPC, comme d'ailleurs de l'article 188 alinéa 1 aCPC, on constate que quatre éléments déterminent l'existence d'un devoir professionnel de discrétion justifiant le refus de témoigner : une relation entre la confidence et la profession du témoin, l'existence d'un secret protégé par le droit commun, l'intérêt pour l'exercice de la profession et l'absence de consentement à une divulgation. La notion de « secret professionnel », au sens de l'article 198 alinéa 1 CPC, est donc très étendue et comprend notamment le devoir de discrétion des confidents « ordinaires ». Il n'est pas question d'établir une liste des professions concernées, le système adopté permettant d'accorder très largement le droit de refuser de témoigner. Pfenninger admettait notamment que le secret du journaliste tombait sous le coup de l'article 226 aCPP qui réglait la question de la même manière que l'article 198 alinéa 1 CPC [4]. Mis à part l'arrêt

[1] Ch. des rec., 17.1.1951 (Guignard), p. 8.
[2] Commentaire AP 1960, p. 63 et AP 1962, p. 34.
[3] Ch. des rec. 17.1.1951.
[4] Pfenninger, p. 234. Voir à propos du secret du journaliste : RO 98 I a 418 = JdT 1974 I 656 (rés).

Guignard précité, nous ne connaissons aucune décision relative au témoignage d'une personne soumise à un devoir professionnel de discrétion. Cela confirme que les juges n'hésitent pas à dispenser du témoignage ceux qui invoquent le secret professionnel, même lorsqu'il ne s'agit pas de confidents qualifiés, et que leurs décisions ne font pas l'objet de recours.

L'article 198 alinéa 1 CPC n'exige pas que le « secret professionnel » résulte expressément d'une disposition vaudoise ou fédérale. Dans la mesure où les éléments que nous avons mentionnés sont réunis, l'article 198 alinéa 1 est applicable. En droit vaudois, les maîtres de l'enseignement privé sont astreints à un devoir professionnel de discrétion [5].

B. *Le secret bancaire*

Aucune règle vaudoise ne concerne le devoir de discrétion des banquiers qui ne figurent pas dans la liste des personnes visées à l'article 198 alinéa 2 CPC. Le législateur n'a jamais considéré le secret bancaire absolu et l'a englobé dans les autres secrets justifiant aussi le refus de témoigner, à condition que l'intéressé n'ait pas consenti à la révélation [6]. Il n'existe pas de notion vaudoise du secret bancaire, le législateur, comme le Tribunal cantonal et les commentateurs du code de procédure civile, se référant directement à l'article 47 de la loi sur les banques [7].

C. *Les secrets d'affaires et les faits confidentiels*

Sous l'empire du code de procédure civile du 20 novembre 1911, le Tribunal cantonal n'a jamais eu à se prononcer sur un refus de témoigner justifié par la nécessité de préserver un secret d'affaires. Comme la loi ne prévoyait pas ce motif de dispense, on pourrait penser que tout refus de témoigner était sanctionné. Si le secret était imposé au témoin

[5] Voir art. 4, ch. 3 de la Convention collective de travail de l'enseignement privé vaudois du 15.2.1962. ROLV 1962, p. 256.

[6] BGC 1966, p. 721. Exposé des motifs.

[7] BGC 1966, pp. 721/722. Exposé des motifs. JdT 1960 III 120. Poudret, Wurzburger, *ad* art. 198 CPC, p. 125.

par une disposition légale ou réglementaire, le juge avait néanmoins l'obligation de s'opposer d'office à toute question à laquelle le témoin ne pouvait répondre sans violer son devoir de discrétion, conformément à l'article 188 alinéa 2 aCPC. La même disposition s'appliquait à la production de pièces [8].

L'ancienne procédure prévoyait en revanche que les faits privés de nature confidentielle justifiaient sous certaines conditions le refus de témoigner ou de produire. Par un jeu très subtil de renvois d'une disposition à l'autre [9], on constate que cette notion comprenait les renseignements donnés par des tiers qui, s'ils étaient appelés à témoigner, ne seraient pas tenus de répondre, ainsi que le contenu des livres de comptabilité, papiers et registres domestiques et autres écritures faites par la partie ou par le témoin, pour son usage, ou échangées avec des tiers de manière confidentielle. Le législateur de 1911 a voulu protéger la sphère intime et les secrets d'affaires. La Chambre des recours du Tribunal cantonal a notamment jugé que les procès-verbaux des séances du conseil d'administration d'une société anonyme constituaient des documents secrets assimilables aux registres domestiques, établis pour l'usage exclusif de l'entreprise [10]. Cette décision est fondée sur la nécessité de protéger la sphère économique et commerciale de la société, qui comprend précisément les secrets d'affaires et de fabrication. C'est en tout cas l'opinion des commentateurs du nouveau code qui citent cette

[8] Art. 166, ch. 2 aCPC.

[9] Art. 189 aCPC : « Nul n'est tenu de déposer comme témoin sur le contenu d'un document dont il serait fondé à refuser la production en vertu de l'article 166, § 3.

Cette disposition s'applique notamment à la correspondance privée de nature confidentielle. »

Art. 166, al. 1 aCPC : « Le tiers régulièrement requis de produire un titre ou document en sa possession ne peut s'y refuser que dans les cas suivants :

1. si la preuve est sans importance au procès ;
2. si elle se rapporte à un fait au sujet duquel le tiers est délié de l'obligation de déposer comme témoin en vertu des articles 186 à 188 et 190 ci-après ;
3. lorsqu'il s'agit de documents dont le tiers serait en droit, s'il était lui-même partie au procès, de refuser la production à teneur de l'article précédent. »

Art. 165 aCPC : « Chaque partie est tenue de produire...

Sauf dans le cas de l'article 963 du code des obligations, elle (cette disposition) ne s'applique pas aux livres de comptabilité, papiers et registres domestiques et autres écritures faites par la partie pour son usage, non plus qu'aux lettres missives ou autres écrits émanant de tierces personnes qui, si elles étaient appelées à témoigner, ne seraient pas tenues de répondre, ni d'une manière générale à la correspondance privée de nature confidentielle échangée avec des tiers. »

[10] JdT 1935 III 124.

décision aux articles 178 alinéa 2 CPC, relatif à la protection des documents privés de nature confidentielle, et 183 CPC sur la sauvegarde des secrets d'affaires [11].

Le législateur de 1966 a introduit la notion de secret d'affaires, soit les secrets industriels et commerciaux. En l'absence de toute référence à des dispositions légales ou réglementaires, cette notion doit être comprise de manière extensive. Elle recouvre tous les éléments de la sphère économique, à l'exception de ceux auxquels le législateur vaudois a consacré une disposition particulière. Ainsi les documents confidentiels bénéficient de la protection particulière prévue à l'article 178 alinéa 2 CPC qui n'est pas applicable au témoin interrogé sur des secrets d'affaires [12]. La solution est donc différente selon que le conflit se produit entre la protection du secret d'affaires et l'obligation de témoigner ou l'obligation de produire. Nous verrons plus loin les conséquences de cette divergence, mais nous posons d'ores et déjà la question de l'opportunité de cette solution.

Le législateur vaudois a aussi réservé deux traitements différents aux secrets d'affaires et aux faits privés de nature confidentielle. Aux termes des articles 179 lettre c et 178 alinéa 2 CPC en effet, l'obligation de produire des pièces ne s'étend pas de plein droit à la correspondance privée de nature confidentielle, alors que le témoignage sur des faits identiques est laissé à l'appréciation du juge [13]. Cette différence regrettable entre témoignage et production ne signifie toutefois pas que le législateur a voulu introduire une distinction parmi les secrets protégés.

§ 2 Procédure pénale

Section 1 *Les devoirs professionnels de discrétion*

Bien que le code de procédure pénale du 12 septembre 1967 ait été élaboré parallèlement au code de procédure civile, le conflit entre l'obligation de renseigner la justice et le secret professionnel n'a pas été

[11] Poudret, Wurzburger, *ad* art. 178 et 183 CPC, pp. 114 et 117.

[12] L'actuel CPC ne contient pas de disposition analogue à l'art. 189 aCPC (Voir *supra*, p. 149, n. 9).

[13] Art. 200 CPC, voir *infra*, pp. 158/159.

résolu de la même manière. Il convient donc d'examiner la genèse de la solution adoptée en procédure pénale.

Pour la première fois en droit vaudois, le code de procédure pénale du 3 septembre 1940 a consacré expressément le principe du secret professionnel [1], ainsi exposé devant le Grand Conseil par le rapporteur de la commission : « il s'agit du secret professionnel, notion qui intéresse avant tout les médecins, les avocats, les notaires, les agents d'affaires, tous ceux qui, comme dit le texte de l'article, par état ou profession, se trouvent être dépositaires de certains secrets appartenant à des personnes privées » [2]. Le rapporteur poursuivait son exposé en se référant à la conception française du secret professionnel, telle qu'elle ressort du Code pénal de nos voisins d'Outre-Jura. Le secret des confidents qualifiés, dont le nombre n'était pas limité, n'était toutefois pas considéré comme absolu puisque le consentement de l'intéressé obligeait le détenteur du secret à témoigner. Ainsi, malgré la référence à la conception française, la solution retenue en procédure pénale ne se distinguait pas de celle de l'article 188 aCPC, ce qu'a d'ailleurs confirmé la jurisprudence [3]. Le législateur de 1940 lui-même a restreint encore l'étendue du secret professionnel en conférant au juge un large pouvoir d'appréciation en matière d'opposition au séquestre motivée par la nécessité de sauvegarder le secret [4].

Les rédacteurs du premier avant-projet de 1963 ont changé complètement d'optique et adopté une notion du secret professionnel variant selon les lois qui régissent les professions concernées. Cette solution, qui a en définitive été consacrée dans la nouvelle loi, était contestée par les experts de la commission sur deux points [5] : la nécessité de s'en tenir au seul secret professionnel (des confidents qualifiés) et celle d'aligner les règles de procédure pénale sur celles de procédure civile. L'avant-projet II a repris la solution de l'article 188 aCPC [6] et l'avant-projet III a introduit la distinction entre le secret professionnel et les autres devoirs de discrétion dans une disposition analogue aux articles 198

[1] Art. 226 aCPP : « Nul témoin n'est tenu de révéler un secret dont il est dépositaire par état ou profession, à moins qu'il n'en soit expressément délié ou que la loi ne l'oblige à dénoncer. »

[2] BGC printemps 1939, pp. 418/419.

[3] JdT 1960 III 119.

[4] Voir art. 136 aCPP et *infra*, pp. 184 ss.

[5] Comm. d'exp. PV 2, pp. 42/43.

[6] AP II octobre 1964, art. 181.

et 199 CPC [7]. Les experts ont trouvé cette disposition encore trop restrictive en raison du pouvoir d'appréciation accordé au juge qui aurait, selon eux, mis en péril le secret absolu dont les confidents qualifiés doivent bénéficier. C'est finalement l'article 187 du premier avant-projet qui a été retenu, complété par un alinéa relatif au secret de fonction [8].

Le code de procédure pénale respecte dès lors le secret professionnel d'un témoin dans la mesure où une loi le prévoit. Cette solution nous paraît excellente à maints égards. La procédure étant un droit formel, il n'est pas judicieux de régler dans ses dispositions des questions touchant au droit matériel. Le danger de conflit est d'autant plus grand dans un Etat fédératif où le droit matériel incombe à l'Etat central et la procédure aux cantons. La solution de l'article 196 CPP permet en outre de tenir compte de la différence essentielle qui existe entre le secret des confidents qualifiés et les autres devoirs, professionnels ou non, de discrétion [9]. Il n'est pas nécessaire non plus d'établir une liste des personnes ou des professions dites privilégiées [10].

L'article 196 CPP dans sa forme actuelle soulève deux questions :

— quelles sont les lois visées ?

— qu'en est-il des devoirs professionnels de discrétion qui ne découlent pas immédiatement d'une disposition légale, mais dont le droit commun assure la protection ?

Les lois qui imposent un devoir de discrétion dont il est question à l'article 196 CPP sont essentiellement les lois vaudoises qui confèrent aux confidents qualifiés le droit de refuser de divulguer les faits soumis au secret [11]. Mais la disposition vise également l'ensemble des lois qui imposent un devoir professionnel de discrétion, notamment le droit fédéral en la matière. C'est d'ailleurs l'avis des commentateurs qui citent la loi sur les banques et les caisses d'épargne ainsi que le Statut des fonctionnaires fédéraux [12]. S'il avait voulu tenir compte des seules dispositions vaudoises en matière de secret professionnel, le législateur

[7] AP III septembre 1965, art. 191, voir n. 12, p. 139 *supra*.
[8] Comm. d'exp. PV 6, p. 3 (Piccard).
[9] BGC 1967, pp. 930/931. Exposé des motifs.
[10] Voir art. 198, al. 2 CPC et *infra*, p. 156.
[11] Comm. d'exp. PV 6, p. 3 (Piccard).
[12] Gilliéron, *ad* art. 196 CPP rem. B. p. 121.

aurait dû le dire expressément. Une telle restriction aurait d'ailleurs privé de sa valeur l'article 196 CPP, dont le mérite est de régler tous les cas de conflit entre l'obligation de témoigner et un devoir professionnel de discrétion. Si ce devoir ne ressort pas directement d'une loi, nous verrons que le juge a l'obligation d'examiner dans chaque cas s'il existe en vertu des dispositions générales du droit matériel [13].

Le secret professionnel constitue aussi un motif d'opposition au séquestre. Bien que l'article 225 alinéa 2 nouveau reprenne presque textuellement les termes de l'article 136 alinéa 1 aCPP, rien ne permet de penser que le législateur de 1967 ait voulu en rester, en matière de séquestre, à la notion de secret professionnel qui était la sienne en 1940. Dans sa décision relative à l'existence d'un juste motif tiré de la nécessité de sauvegarder un tel secret, le juge doit également tenir compte du « pas de plus » [14] fait depuis lors.

Section 2 *Les autres secrets*

Pas plus que l'ancien article 226, l'article 196 CPP ne mentionne parmi les motifs justifiant un refus de témoigner la nécessité de préserver les secrets privés de nature confidentielle. Dans les dispositions relatives au séquestre en revanche, ce motif existe sous deux formes différentes. L'article 225 alinéa 2 CPP, analogue à l'article 136 alinéa 1 aCPP, ordonne au juge d'examiner si et dans quelle mesure de justes motifs, tirés notamment de la nécessité de sauvegarder un secret professionnel, permettent au détenteur de s'opposer au séquestre. Il est en outre prévu à l'article 228 CPP que lorsqu'une pièce ou un objet séquestré peut constituer une source de renseignements sur des faits étrangers à la cause ou qu'il importe de garder secrets, le juge prend les mesures nécessaires pour éviter la divulgation de ces renseignements, même aux parties [1]. Les secrets de fabrication propres au témoin tombent sous le coup de cette disposition. Une observation des juges ins-

[13] Voir *infra*, pp. 167 ss.

[14] BGC 1967, p. 930. Exposé des motifs.

[1] Voir art. 145 aCPP : « Dans les cas prévus aux articles 141, 143 et 144, ou lorsque la pièce produite contient des énonciations portant sur des faits étrangers à la cause et qu'il importe de garder secrets, le juge prend les précautions nécessaires pour éviter toute divulgation de ces faits, même aux parties. »

tructeurs [2], tendant à une modification rédactionnelle de l'avant-projet II, a permis de protéger ce type de secrets, même s'ils ne sont pas étrangers à la cause. L'absence de précisions relatives aux faits qu'il importe de garder secrets montre selon nous que tous les renseignements privés de nature confidentielle sont visés à l'article 228 CPP. Cette remarque vaut également pour les justes motifs de l'article 225. Nous verrons plus loin [3] dans quelle mesure ils doivent être protégés et s'ils justifient un refus de témoigner ou une opposition au séquestre, au-delà de ce qui est prévu par la loi de procédure pénale.

[2] Obs. J. Instr., p. 4.
[3] Voir *infra*, pp. 167 ss.

Chapitre II

LE DROIT DE REFUSER DE TEMOIGNER

S'il entend assortir l'obligation de témoigner d'exceptions fondées sur la protection des secrets, le législateur peut procéder de deux manières. La première consiste à prévoir, en faveur du témoin interrogé sur des faits qu'il importe de garder secrets, un droit subjectif de refuser sa déposition, ce qui le met à l'abri des sanctions prévues à l'encontre du témoin récalcitrant. Certaines lois, peu nombreuses, vont jusqu'à exclure toute déposition qui viole le secret professionnel [1]. La seconde consiste à protéger les secrets, c'est-à-dire à éviter qu'ils ne soient divulgués à des tiers ou même aux parties, sans pour autant obliger le tribunal à renoncer à la preuve. L'audition du témoin peut ainsi se dérouler à huis clos, voire en l'absence d'une ou de toutes les parties, selon l'importance et la nature du secret à sauvegarder [2].

§ 1 Procédure civile

Section 1 *Le cas des confidents qualifiés*

En introduisant les premières exceptions à l'obligation de témoigner dans le procès civil, le législateur de 1911 a choisi d'accorder aux témoins tenus par une obligation professionnelle de discrétion le droit

[1] Guldener, p. 362, n. 27 b. Art. 188, al. 2 aCPC : « ... Il (le juge) s'oppose d'office à toute question à laquelle le témoin ne pourrait répondre sans violer une prescription légale ou réglementaire qui lui impose le secret. »

[2] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 237.

de refuser leur déposition [1]. Selon l'article 188 aCPC, la nature de ce droit était la même, quelle que soit la profession exercée par le témoin. Seule variait l'étendue du secret professionnel et par conséquent celle du droit de refuser, le juge appréciant chaque cas en fonction de la profession ou des fonctions exercées. En l'absence de toute règle cantonale ou fédérale en la matière, aucune profession n'était privilégiée par la loi de procédure. Malgré l'entrée en vigueur de la loi sur les banques et du Code pénal suisse, il n'a pas paru nécessaire de corriger sur ce point le code de procédure civile vaudois. L'introduction dans la loi de la notion de confident qualifié ne justifiait apparemment pas une telle modification, puisque le droit de refuser de témoigner existait déjà, dans la mesure où l'intéressé n'avait pas consenti à la révélation. Il en aurait été autrement si le code n'avait prévu que de simples mesures de protection des secrets de profession. Le secret professionnel de l'article 321 CP ne tolère en effet que les exceptions expressément prévues par la loi et il ne saurait s'accommoder d'une protection partielle.

L'article 188 aCPC restreignait doublement le droit de refuser de témoigner qui dépendait de l'appréciation du juge et dont l'existence était soumise à la condition que le témoin n'eût pas été délié de son devoir de discrétion. Cette condition était contraire à diverses lois cantonales entrées en vigueur depuis lors ; elle l'est aussi, selon nous, avec l'esprit sinon avec la lettre de l'article 321 CP.

Le législateur de 1966 a distingué trois catégories de personnes pouvant être mises au bénéfice du droit de refuser de témoigner : les confidents que nous appelons ordinaires, les confidents qualifiés et les fonctionnaires. Pour les confidents qualifiés, il n'importe pas que l'intéressé ait ou non consenti à la révélation. Le législateur parle de secret absolu en ce sens que le détenteur du secret en dispose librement, ni le juge ni l'intéressé ne pouvant exiger qu'il le divulgue.

La question qui se pose est de savoir si l'énumération de l'article 198 alinéa 2 CPC est exhaustive. Même s'il s'est inspiré de la liste des professions visées à l'article 321 CP, le législateur vaudois n'en a en effet pas repris tous les éléments. Doit-on malgré tout considérer que tous les confidents qualifiés selon le droit fédéral bénéficient du droit étendu de l'article 198 alinéa 2 CPC ?

L'exposé des motifs précise que le secret absolu est limité aux cas

[1] Exposé des motifs (1911), pp. 15/16.

visés par l'article 198 alinéa 2 CPC [2]. Malgré cette affirmation, nous prétendons que l'énumération contenue dans cette disposition n'est pas exhaustive et que tous les confidents qualifiés, au sens du Code pénal, bénéficient du droit absolu de refuser de témoigner. La nature des professions qui ne figurent pas à l'article 198 alinéa 2 CPC, mais que le droit fédéral astreint au secret professionnel, montre que cette omission ne procède pas de la volonté délibérée du législateur vaudois, mais d'un souci de simplification voire d'une inadvertance.

Les dentistes sont astreints au secret professionnel, au même titre que les médecins, en vertu de la loi sur l'organisation sanitaire [3]. Rien ne permet dès lors de penser que l'auteur du code de procédure civile a voulu traiter différemment les deux professions et conférer aux dentistes un droit de refuser de témoigner moins étendu qu'aux médecins, pharmaciens et sages-femmes.

En revanche, aucune loi vaudoise ne règle le secret professionnel des défenseurs en justice, des contrôleurs de sociétés commerciales ni des étudiants. La profession de défenseur en justice n'existe plus dans notre canton. Le législateur de 1940 a en effet supprimé la faculté pour chacun d'intervenir devant la justice pénale s'il n'est pas avocat ni stagiaire [4]. Le député Golay, défenseur célèbre à l'époque, bien qu'il ne fût pas avocat, a d'ailleurs été à l'origine d'une disposition transitoire lui permettant de continuer à plaider après l'entrée en vigueur de l'ancien code de procédure pénale [5]. Il serait toutefois paradoxal de reconnaître le droit absolu de ne pas témoigner aux notaires et surtout aux agents d'affaires, mais pas aux défenseurs pratiquant dans d'autres cantons ni aux contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du Code des obligations. Selon notre interprétation de l'article 321 chiffre 3 CP, ces confidents sont d'ailleurs dispensés de plein droit de témoigner en procédure civile vaudoise. Il faut donc admettre que l'article 198 alinéa 2 CPC contient des lacunes que le juge devra le cas échéant combler.

Peut-être conviendrait-il néanmoins de modifier ainsi l'article 198 alinéa 2 CPC : « Même si l'intéressé a consenti à la révélation, les per-

[2] BGC 1966, p. 721. Exposé des motifs.

[3] Art. 38 bis LOS, voir *supra*, p. 143.

[4] Art. 108 aCPP. BGC printemps 1939, pp. 100 à 103. Exposé des motifs.

[5] Art. 535 aCPP. BGC printemps 1939, p. 674. Voir aussi les interventions des députés Hirzel et Golay, pp. 358 ss.

sonnes astreintes au secret professionnel en vertu de l'article 321 du Code pénal ainsi que les agents d'affaires brevetés ne peuvent être tenus de témoigner sur des secrets dont ils ont eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de leur ministère ou de leur profession ».

Section 2 *Les devoirs professionnels de discrétion*

L'article 198 alinéa 1 CPC est pratiquement identique à la disposition correspondante de l'ancienne procédure [1]. La réserve du consentement de l'intéressé est même superflue. Celui-ci dispose librement du secret et sa seule volonté suffit à libérer le confident non seulement de son devoir de discrétion, mais aussi de toute obligation à cet égard. En cas de consentement à la révélation, le motif de dispense de l'article 198 alinéa 1 CPC disparaît de lui-même. Relevons encore que pendant l'élaboration du nouveau code de procédure civile, on a envisagé d'introduire, en lieu et place de ce droit, de simples mesures de protection des secrets de profession, notamment l'audition des témoins à huis clos. Les experts ont rejeté cette solution considérée comme une demi-mesure [2].

Section 3 *Les secrets d'affaires et les faits confidentiels*

L'article 200 CPC ne prévoit pas le droit de refuser de révéler un secret industriel ou commercial, ainsi que des faits privés de nature confidentielle, mais confère au juge le pouvoir d'en dispenser le témoin. Ce pouvoir du juge n'est nullement discrétionnaire et lorsque certaines conditions sont remplies, l'intéressé doit être dispensé de témoigner. On peut dès lors se demander pourquoi le législateur n'a pas repris les termes de l'article 198 alinéa 1 CPC, complétés par une règle semblable à celle de l'article 199.

On nous objectera que le législateur n'a voulu tenir compte, à l'article 200 CPC, que des secrets propres au témoin et non de son devoir

[1] Art. 188, al. 1 aCPC : « Nul n'est tenu de déposer comme témoin sur des faits qu'un devoir professionnel lui interdit de révéler, s'il n'est expressément délié de ce devoir. »

[2] Comm. d'exp. PV 4, pp. 76 et 148.

de sauvegarder les secrets de tiers, de fabrication par exemple. Il est précisé en effet que le juge doit apprécier chaque cas en considération de la preuve et de l'intérêt du témoin au secret. Mais cet intérêt comprend également la responsabilité encourue par le témoin en cas de divulgation illicite. L'intérêt du témoin dépend dans ce cas de l'intérêt de l'ayant droit et le juge doit en tenir compte. A ce défaut, les secrets ne résultant pas de l'exercice d'une profession et qui n'appartiennent pas au témoin ne seraient pas protégés, ce qui est inadmissible.

Les obligations non professionnelles de garder un secret, notamment commercial, sont toutefois rares et on ne saurait faire grief au législateur de n'y avoir pas songé. C'est pourquoi il convient d'appliquer l'article 200 CPC aussi bien aux secrets propres au témoin qu'à ceux qu'il est tenu de préserver. Il serait en outre judicieux de ne mentionner que l'intérêt au maintien du secret, sans préciser s'il s'agit de celui du témoin lui-même ou d'un tiers.

Relevons enfin que l'ancien code de procédure civile connaissait un droit de refuser de témoigner sur des faits de nature privée et confidentielle, mais ce droit était limité au contenu d'écrits [1].

Section 4 *L'exercice et l'étendue du droit de refuser de témoigner*

A. *La décision (article 199 CPC)*

L'article 188 alinéa 2 aCPC prescrivait impérativement au juge de s'opposer à toute question à laquelle un témoin ne pouvait répondre sans violer une loi ou un règlement. Cette injonction n'a pas été reprise à l'article 199 CPC qui prévoit l'intervention du juge en cas de contestation sur l'existence ou l'étendue du secret invoqué. En vertu du plus large pouvoir d'intervention que lui a conféré le nouveau code et qui est résumé à l'article premier alinéa 2 [1], le juge n'en conserve pas moins le droit et le devoir de s'opposer à l'audition d'un témoin violant le secret professionnel. Au stade de l'ordonnance sur preuves déjà, il a la faculté de refuser d'ordonner l'audition qui ne lui paraît pas compatible avec le respect d'un devoir de discrétion. L'audition d'un confident

[1] Voir art. 189, 165 et 166, ch. 3 aCPC et *supra*, p. 149, n. 9.
[1] BGC 1966, pp. 676 ss. Exposé des motifs.

qualifié est en règle générale soumise au dépôt d'une déclaration le déliant valablement du secret professionnel. Si une telle déclaration ne figure pas au dossier et n'est pas produite ou donnée verbalement par l'intéressé lors de l'audition, le juge peut refuser d'entendre le témoin, même si aucune partie ne le demande. Inversément, lorsque la preuve a été régulièrement offerte et admise par le juge instructeur mais que les parties s'inclinent devant le refus de témoigner, le juge n'est pas lié par cette décision s'il estime néanmoins la preuve indispensable. L'instruction libre sur le sort des enfants dans un divorce par exemple [2] exige parfois l'audition d'un témoin à laquelle les parties ont renoncé. Rien ne s'oppose dès lors à l'application de l'article 199 CPC chaque fois qu'un témoin refuse de déposer en raison d'un devoir professionnel de discrétion.

La suppression de l'article 188 alinéa 2 aCPC a toutefois simplifié la tâche du juge qui n'a plus l'obligation de vérifier dans tous les cas que le témoignage n'est pas contraire au secret professionnel. Il incombe au témoin d'invoquer les motifs lui permettant de refuser son audition et que le juge n'est pas censé connaître. L'article 199 CPC est en règle générale appliqué uniquement en cas de contestation entre témoin et parties, mais pas nécessairement. Nous verrons en outre que l'avis du juge au témoin relatif au droit de refuser de témoigner est une simple règle d'ordre.

L'étendue du pouvoir d'appréciation du juge diffère selon que le devoir de discrétion mis en cause est celui d'un confident qualifié ou non, bien que dans les deux cas l'article 199 CPC s'applique [3]. D'après l'exposé des motifs, dans les cas visés par l'article 198 alinéa 2 CPC, la seule question soumise à l'examen du juge est de savoir si le fait est couvert par le secret professionnel [4]. Si la réponse est affirmative, le confident n'est pas tenu de s'expliquer plus longuement, au risque de trahir le secret, pour démontrer qu'en l'espèce son devoir de discrétion l'empêche de répondre à la question. En demandant au confident de justifier son refus, le juge entrerait en discussion sur le contenu même de ce que le témoin estime devoir taire, ce qui irait à l'encontre du

[2] Art. 374 CPC.

[3] Le deuxième avant-projet d'octobre 1961 réglait l'ensemble du problème relatif au témoignage des personnes tenues par un devoir professionnel de discrétion sous une seule disposition (art. 192).

[4] BGC 1966, p. 721. Exposé des motifs.

caractère spécifique du secret professionnel [5]. L'examen du juge est limité aux conditions d'existence du secret professionnel. Cela ne veut toutefois pas dire que les confidents qualifiés jouissent toujours du droit de refuser leur déposition en justice ; s'ils sont seuls juges de ce qu'ils doivent dire, ils ne peuvent invoquer le secret pour dissimuler des faits sans rapport avec leur profession. Ceux-ci constituent toutefois l'exception et le juge doit user de la plus grande prudence avant de décider que le secret professionnel ne peut être invoqué par une des personnes visées à l'article 198 alinéa 2 CPC [6]. S'il le fait, c'est que les conditions du secret professionnel ne sont pas remplies. Le juge n'a jamais la faculté de délier lui-même le témoin [7].

Le pouvoir d'appréciation du juge est beaucoup plus étendu lorsque le témoin n'est pas un confident qualifié. Les autres devoirs professionnels de discrétion dépendent en effet de l'existence d'un secret protégé par la loi [8]. Tel n'est pas le cas si un intérêt supérieur commande la divulgation. Sans le dire expressément, le législateur vaudois a donc consacré dès 1911 la pesée des intérêts comme ultime moyen de résoudre le conflit entre l'obligation de témoigner et le respect des devoirs professionnels de discrétion autres que ceux des confidents qualifiés [9]. Cela implique pour le témoin l'obligation de motiver son refus et de rendre vraisemblable l'intérêt au maintien du secret.

La portée de l'article 199 CPC diffère selon que le témoin est ou non un confident qualifié. Il eût dès lors été préférable de créer deux dispositions distinctes comprenant chacune le motif de dispense et le pouvoir de décision conféré au juge.

B. *La décision en matière de secrets d'affaires et de faits confidentiels (article 200 alinéa 2 CPC)*

L'article 200 CPC règle à la fois l'exception à l'obligation de témoigner sur des secrets d'affaires ou faits confidentiels et le pouvoir d'appréciation du juge en la matière. Lorsqu'un témoin refuse de déposer à

[5] TD Lausanne 25.3.1966 (Boitzy).

[6] En cas de doute sur la qualité du témoin, le juge a la faculté de prendre les renseignements nécessaires (voir art. 192 AP II, octobre 1961).

[7] BGC 1966, p. 721. Exposé des motifs. *Contra* : M. Aubert, SJ 1967, p. 609. JdT 1960 III 121.

[8] Voir *supra*, 2e partie, chap. III, p. 117.

[9] Ch. des rec. 17.1.1951 (Guignard).

raison d'un devoir non professionnel de discrétion résultant d'un contrat, du respect de la sphère privée d'autrui ou de la nécessité de préserver ses propres secrets, le juge « apprécie dans chaque cas en considération de l'importance de la preuve et de l'intérêt du témoin au secret ». La pesée des intérêts est donc le moyen de résoudre le conflit que la loi de procédure impose au juge en lui donnant pour mission d'apprécier si le refus de témoigner est justifié [10].

L'article 200 alinéa 2 CPC ne mentionne pas l'intérêt éventuel d'un tiers à la conservation du secret. Cela ne veut pas dire que cet intérêt ne joue pas de rôle dans la décision [11], mais que le tiers en question n'est pas habilité à intervenir directement pour s'opposer au témoignage. Comme en matière de secret professionnel, le tiers lésé doit agir contre le témoin indiscret par la voie d'une action civile et, le cas échéant, en déposant une plainte pénale. On ne saurait en effet admettre l'intervention d'un tiers au procès dans la procédure probatoire, qu'il s'agisse d'une opposition à un témoignage ou à la production d'une pièce [12]. Les tiers n'ont d'ailleurs le plus souvent pas connaissance des preuves entreprises sur les secrets qui les concernent. Mais le juge doit tenir compte de leur intérêt à la conservation du secret [13]. A ce défaut, certains secrets seraient dénués de protection par le simple fait que le témoin en est détenteur mais non bénéficiaire. Cela serait d'autant plus paradoxal que l'intéressé serait habilité, s'il était lui-même entendu en qualité de témoin, à refuser sa déposition. Cette règle est toutefois dépourvue de sanction, à moins que le témoin ne se laisse condamner pour refus injustifié de témoigner et ne recoure contre cette condamnation pour préserver le secret. Nous verrons en traitant des voies de recours que c'est le seul moyen de faire échec à une décision négative du juge à propos du droit de refuser de témoigner. C'est regrettable, car suivant l'importance du secret, le témoin n'a pas d'autre choix que d'encourir une condamnation ou de risquer d'engager sa responsabilité envers le maître du secret.

Signalons encore que l'article 200 alinéa 2 CPC n'est pas la seule disposition à négliger l'intérêt des tiers au maintien du secret. L'article 42 alinéa 2 PCF et l'article 214 alinéa 2 du code de procédure civile

[10] *BlZR* 55 1956, nº 108, p. 223. Voir *supra*, 2e partie, chap. III, p. 128.
[11] Voir *supra*, p. 149.
[12] JdT 1951 III (88) 96.
[13] RO 91 I (200) 206 = JdT 1966 I (295) 300.

fribourgeois du 28 avril 1953, entre autres, prévoient que le juge peut dispenser le témoin de révéler un secret industriel ou commercial. Mais selon ces deux dispositions le droit de refuser de témoigner ne doit être accordé que si l'intérêt du témoin à garder le secret l'emporte sur l'intérêt d'une partie à le révéler, malgré les mesures de précaution prévues par la loi, soit notamment l'audition en l'absence des parties [14]. Cela étant, l'intérêt éventuel d'un tiers est mieux protégé, alors que de telles mesures ne sont pas prévues en procédure vaudoise.

C. *La portée respective des articles 200 et 201 CPC*

L'article 201 CPC [15] prévoit que nul n'est tenu de répondre comme témoin à une question portant sur un fait déshonorant pour lui-même ou pour l'un de ses proches, ni sur un fait de nature à l'exposer ou à exposer un de ses proches à des poursuites pénales ou à un dommage pécuniaire direct. La question des proches échappant à l'objet de cette étude, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure un témoin doit être mis au bénéfice de cette disposition s'il s'avère que la révélation d'un secret lui cause un grave déshonneur ou un dommage pécuniaire ou encore l'expose à des poursuites pénales. Une telle disposition ne vise pas l'obligation de témoigner elle-même, mais le contenu de la déposition. Le témoin ne saurait s'en prévaloir si le simple fait qu'il parle lui cause un déshonneur, voire un préjudice matériel. La doctrine est unanime à cet égard [16]. En outre, selon l'article 32 CP, une déposition conforme aux règles de procédure ne peut donner lieu à des poursuites pénales [17].

L'article 201 CPC tient compte dans une très large mesure de la vie privée des justiciables requis de renseigner les tribunaux, puisqu'il vise aussi bien son aspect économique que le sens de l'honneur et la considération dont ils jouissent [18]. Certaines atteintes à la vie privée sont inévitables et relativement fréquentes en procédure ; il n'est en effet pas possible de respecter parfaitement la vie privée, compte tenu de la nécessité d'établir la vérité [19]. Le législateur vaudois a pourtant prévu le risque

[14] Art. 38 PCF et 202 al. 4 CPC/FR.
[15] Voir art. 190 aCPC.
[16] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 166, texte et n. 28. Schäublin, pp. 172/173.
[17] Voir notamment Wehrli, p. 39.
[18] Voir RO 86 I (86) 92 (à propos du CPC bernois). Grossen, Traité, p. 86.
[19] RO 86 I 93.

d'un grave déshonneur, de poursuites pénales ou d'un préjudice pécuniaire direct et dispensé de plein droit le témoin ainsi menacé de déposer.

Il est regrettable que la loi ne confère pas au juge un certain pouvoir d'appréciation, du moins lorsque le témoin invoque le risque d'un dommage pécuniaire ou en matière de déshonneur, notion éminemment variable en fonction notamment du milieu auquel appartient l'intéressé. Le juge n'est pas habilité à tenir compte de l'importance de la preuve entreprise sur le sort du litige. Si le risque existe, le droit de refuser de témoigner est absolu.

Pour éviter les différences de traitement et pour la bonne marche de la justice, il conviendrait selon nous de prévoir dans les cas de l'article 201 CPC également que le juge apprécie dans quelle mesure le refus est justifié. Pourquoi en effet soumettre à l'appréciation du magistrat la révélation d'un secret d'affaires, susceptible d'entraîner un préjudice pécuniaire pour le témoin ou un tiers, alors que le risque d'un dommage direct, moral ou matériel, justifie le refus absolu de témoigner [20] ?

L'article 201 CPC est destiné non seulement à préserver le témoin et ses proches d'un préjudice moral et de poursuites pénales, mais aussi d'un dommage pécuniaire direct. Il faut entendre par là une atteinte effective à son patrimoine, notamment une diminution de ses actifs ou une augmentation de son passif ; un simple risque ne suffit pas. La révélation en audience d'un secret d'affaires ou de fabrication cause parfois à l'intéressé un tel préjudice, en particulier si la divulgation est exploitée par un tiers. Ce n'est toutefois pas le contenu du témoignage, soit les faits révélés, mais la divulgation elle-même qui est à l'origine du dommage [21]. L'article 201 CPC n'est donc pas applicable, alors même qu'il serait plus favorable au maintien du secret.

Fondé sur le rapport entre le contenu du témoignage et le témoin, l'article 201 protège d'abord celui-ci et ses proches. En revanche, l'article 200 CPC est destiné avant tout à préserver un secret important, sans égard à l'intéressé lui-même. Dès lors ces deux dispositions sont indépendantes et on ne saurait appliquer l'une pour l'autre, même si elle est plus favorable. Mais un fait privé de nature confidentielle est parfois déshonorant pour l'intéressé. Dans ce cas, les deux dispositions sont applicables et le juge doit choisir la plus favorable au témoin.

[20] Voir Hauser, *Der Zeugenbeweis*, pp. 174/175.
[21] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, pp. 174/715.

D. *Conclusion*

Dans la plupart des cas, le législateur vaudois a confié au juge le soin d'apprécier dans quelle mesure un devoir de discrétion ou un secret justifie le refus de témoigner. Sauf pour les confidents qualifiés, le droit de refuser dépend de l'importance de la preuve entreprise par rapport à l'intérêt au maintien du secret. En revanche, lorsqu'elles sont déliées du secret professionnel, les personnes visées à l'article 198 alinéa 2 CPC décident librement de témoigner ou non. A leur égard, le juge est lié par l'existence du secret professionnel. Pour les autres secrets, il apprécie les intérêts en présence.

Il faut regretter que l'efficacité des décisions du juge en matière d'obligation de témoigner soit restreinte par la faible menace que constitue l'amende de trois cents francs, prévue par l'article 195 CPC à l'encontre du témoin récalcitrant. La modération de cette peine est justifiée par le peu d'intérêt que présente un témoignage forcé, même si le juge apprécie librement les preuves selon son intime conviction [22]. Une sanction plus sévère serait toutefois de nature à décourager la mauvaise volonté de certains témoins.

§ 2 Procédure pénale

Tenant largement compte de l'intérêt public à la répression des infractions, la loi vaudoise de procédure pénale, à l'instar de la plupart des codes fédéraux et cantonaux, ne connaît qu'un nombre restreint de motifs justifiant le refus de témoigner. Seule la protection du secret professionnel et de fonction est expressément réservée.

Section 1 *Les lois applicables*

Aux termes de l'article 196 CPP, le témoin auquel la loi impose un devoir de discrétion à raison de son état n'est tenu de répondre aux questions qui sont l'objet du secret professionnel ou du secret de fonc-

[22] Art. 5, al. 3 CPC.

tion que dans la mesure où cette loi le prévoit. Le législateur a renoncé [1] à aligner les règles de procédure pénale sur celle du code de procédure civile ; il a tout de même été plus loin que l'ancien code dans le sens de la conservation des devoirs professionnels de discrétion. L'article 226 aCPP en effet n'accordait aux témoins liés par le secret professionnel le droit de refuser de témoigner que s'ils n'en avaient pas été au préalable déliés. L'évolution du secret professionnel consacrée par les lois régissant l'exercice de certaines professions, notamment celles visées à l'article 198 alinéa 2 CPC, justifiait l'adaptation de la procédure pénale [2]. On peut d'ailleurs regretter que le législateur n'ait pas saisi l'occasion d'harmoniser les exceptions à l'obligation de témoigner en droit vaudois. La commission d'experts a toutefois estimé qu'en matière pénale, si l'intéressé consentait à la révélation, il fallait dans certains cas que le détenteur du secret témoigne [3]. Le renvoi aux lois spéciales n'a pas d'autres conséquences que la solution adoptée en procédure civile, mais il présente l'avantage d'éviter toutes divergences entre les règles de forme et le droit matériel. La seule question en suspens concerne les confidents qualifiés astreints au secret professionnel en vertu du droit fédéral seulement et qui ont été déliés de leur secret conformément à l'article 321 chiffre 2 CP. Comme celui-ci [4], la disposition vaudoise permet d'accorder à tous les confidents qualifiés le droit absolu de se taire, même si l'intéressé a consenti à la divulgation du secret. Bien que la jurisprudence soit très peu abondante en la matière, nous pouvons affirmer que dans la pratique, les confidents qualifiés décident en conscience ce qu'ils doivent révéler à la justice pénale vaudoise. Il est en effet inconcevable qu'un tribunal exige d'un prêtre ou d'un pasteur par exemple qu'il témoigne dans un procès pénal, même si l'intéressé y consent. Il devrait en aller de même pour les contrôleurs de société ou les défenseurs en justice, le cas échéant.

La solution vaudoise a ceci de particulier qu'elle s'en remet à d'autres lois qui déterminent le bénéficiaire du droit de ne pas témoigner et l'étendue du secret. A propos du droit de l'auxiliaire de refuser de témoigner, on peut citer un arrêt du Tribunal d'accusation sur un recours contre une condamnation pour refus injustifié de témoigner, conformé-

[1] Voir *supra*, p. 151.
[2] BGC 1967, p. 930. Exposé des motifs.
[3] Comm. d'exp. PV, p. 70 (Bonnard).
[4] Voir *supra*, 2e partie, chap. I, pp. 78/79.

ment à l'article 193 CPP [5]. Se référant à juste titre à l'article 321 CP, les juges cantonaux ont dénié au condamné la qualité d'auxiliaire d'avocat, pour le motif qu'il avait collaboré avec un homme de loi de manière occasionnelle et sans rapport avec son activité professionnelle propre. L'intérêt de cette décision ne réside pas tant dans son résultat, à notre avis contestable, que dans la référence expresse à la notion fédérale d'auxiliaire soumis au secret professionnel. En l'espèce, le fait d'avoir été mandataire à titre exceptionnel d'un avocat, secrétaire général adjoint de l'Union des Avocats Arabes, et d'avoir eu des contacts avec les autorités et les avocats chargés de la défense des Palestiniens dans l'affaire dite de « l'attentat de Kloten », aurait justifié selon nous la qualité d'auxiliaire et, par conséquent, le droit de refuser de témoigner [6].

Lorsque le secret bancaire est en jeu, le juge dispose conformément au but de l'article 47 LB, d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si le devoir de discrétion cède devant les exigences de l'enquête. Tel est généralement le cas, à moins que l'infraction poursuivie soit de peu d'importance par rapport au maintien du secret [7]. En principe, les banques suisses ne refusent pas de renseigner le juge ; les banquiers ne font toutefois leur déposition qu'à des magistrats chargés par la loi de l'instruction, à l'exclusion des organes de police [8].

Aux termes de l'article 196 CPP, seul un secret professionnel imposé par la loi constitue un motif de dispense et les travaux préparatoires montrent clairement que cette restriction a été voulue par le législateur [9]. Qu'en est-il dès lors des autres devoirs de discrétion et de la protection des secrets fondés exclusivement sur le droit de la personnalité ?

Section 2 *Les autres devoirs de discrétion*

Le code de procédure pénale ne prévoit aucune dispense de témoigner fondée sur la protection des secrets non professionnels. L'article

[5] TA 7.11.1969 (Genoud), rés. *in* JdT 1971 III 7.

[6] Voir *supra*, 2e partie, chap. I, pp. 55 ss.

[7] Voir *supra*, 2e partie, chap. II, p. 102. Gilliéron, *ad* art. 196 CPP, pp. 121/123. M. Aubert, *Le secret bancaire*, p. 9.

[8] Renseignement obligeamment communiqué par M. J.-P. Chapuis, secrétaire de l'Association suisse des banquiers. Voir aussi Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 242.

[9] Voir notamment Comm. d'exp. PV, p. 3.

196 CPP est même plus restrictif que la disposition correspondante de la loi de 1940 [1] qui n'exigeait pas que le secret professionnel résulte expressément d'une loi. En cas de conflit, les principes généraux régissant les rapports de la procédure et du droit matériel s'appliquent.

Sans être discrétionnaire, le pouvoir d'appréciation du juge pénal est très étendu et l'obligation de témoigner ne doit céder devant la sauvegarde d'un secret que si un intérêt plus important le commande. Le juge doit pourtant peser les intérêts en présence chaque fois que la divulgation d'un secret protégé par la loi se révèle utile à l'instruction de la cause. Malgré le silence du code à ce propos, il arrive que le juge doive renoncer à un témoignage parce que le maintien du secret s'impose. Cette solution tirée de l'application du droit matériel n'est pas contraire à la volonté du législateur vaudois de 1966. Nous verrons en effet qu'en matière de séquestre, diverses mesures de sauvegarde des secrets sont prévues en plus de la protection reconnue aux secrets de profession. Parmi ces mesures figure notamment le droit de s'opposer au séquestre pour de justes motifs [2]. Un intérêt supérieur à celui de la poursuite pénale constitue un juste motif et cet intérêt justifiera parfois de préserver un secret, par exemple de fabrication.

L'omission des justes motifs à l'article 196 CPP s'explique de deux manières. L'importance de l'intérêt public à la poursuite pénale est telle que les cas où la sauvegarde d'un secret l'emporterait sont tout à fait exceptionnels. En outre, l'audition du témoin à huis clos pendant l'enquête [3] et le secret de celle-ci [4] diminuent encore le risque de voir le secret divulgué à des tiers. La protection n'est toutefois pas absolue, car le procès-verbal des auditions figure au dossier qui peut être consulté par les parties et leurs conseils, voire par des tiers. Les règles sur la sauvegarde des secrets [5] ne s'appliquent qu'aux objets séquestrés et l'article 43 alinéa 2 CPP ne permet pas au juge de refuser indéfiniment la communication du dossier. Un tel refus doit en outre répondre à des nécessités de l'instruction, à l'exclusion de toutes autres considérations. Lorsqu'il compare les intérêts en présence, le juge doit néanmoins tenir compte du fait qu'un témoignage, même verbalisé, ne donne qu'une publicité restreinte

[1] Art 226 aCPP, voir *supra*, p. 151, n. 1.
[2] Art. 225 CPP. Voir *infra*, p. 184.
[3] Art. 191 CPP.
[4] Art. 166 et 184-186 CPP
[5] Art. 228 CPP ; voir *infra*, pp.187/188.

au secret. Si le maintien de celui-ci l'emporte malgré tout, le juge doit renoncer à l'audition du témoin.

Dans trois cas au moins, le respect d'un secret privé l'emportera sur l'obligation de témoigner. Le premier est celui où le délit qui fait l'objet du procès pénal est de très peu de gravité, alors que la divulgation du secret causerait un grave préjudice à l'intéressé. De même dans les affaires où l'action pénale dépend d'une plainte et où l'intérêt public n'est pas en cause, le juge doit apprécier différemment l'importance respective de la recherche de la vérité et de la nécessité de préserver l'intérêt du témoin ou d'un tiers au maintien du secret. C'est enfin le cas lorsqu'il s'agit d'instruire sur un aspect de la cause ne concernant que les conclusions prises par une partie civile [6]. Il serait d'ailleurs justifié que la loi de procédure pénale prévoie l'application des règles du code de procédure civile [7].

Une modification du code de procédure pénale est-elle pour autant nécessaire ? Nous ne le pensons pas. L'absence de toute contestation à ce propos montre en effet, si nous sommes bien renseigné, que les magistrats vaudois usent à bon escient d'un pouvoir que la loi leur confère implicitement.

Relevons enfin que malgré l'importance du témoignage en procédure pénale, l'amende prévue en cas de refus injustifié de témoigner n'est pas plus élevée qu'en matière civile [8]. Le législateur a reconnu par là les limites pratiques de l'obligation de témoigner. Cette constatation plaide en faveur d'une certaine retenue dans le refus d'accorder le droit de se taire à un témoin qui invoque un devoir de discrétion, même en procédure pénale.

[6] Art. 372 CPP.
[7] Wehrli, pp. 68/69.
[8] Voir art. 193 CPP et 195 CPC et *supra*, p. 165.

Chapitre III

L'OBLIGATION DE PRODUIRE DES PIECES ET LES DEVOIRS DE DISCRETION

§ 1 Procédure civile

Section 1 *L'obligation de produire des pièces*

Le chapitre II titre VII de l'actuel code de procédure civile relatif à la preuve par titres n'a pas innové ; il a seulement apporté quelques simplifications aux anciennes dispositions en vertu du principe de l'appréciation des preuves selon l'intime conviction du juge [1]. Les exceptions à l'obligation de produire motivées par le respect des secrets privés et les devoirs de discrétion sont les mêmes que celles prévues par le code de 1911, à l'exception toutefois de celles découlant des règles sur l'obligation de témoigner nouvellement introduites. L'admission expresse comme preuve des titres autres que les écrits, notamment les divers moyens de reproduction sonore ou visuelle, a en outre élargi la notion de pièce en même temps qu'elle mettait un terme à une longue controverse jurisprudentielle [2].

Depuis son introduction en procédure vaudoise en 1911 [3], l'obligation de produire des pièces se distingue dans sa forme selon qu'elle s'applique à une partie ou à un tiers. La partie est en effet tenue de produire les pièces en sa possession, à moins qu'il n'existe un motif de dispense prévu par la loi [4] ; au contraire, le tiers requis de produire ne peut refuser d'obtempérer que si certaines conditions sont remplies [5]. Si

1 BGC 1966, p. 721. Exposé des motifs.
2 Voir Poudret, Wurzburger, *ad* art. 174 CPC, pp. 111/112.
3 Exposé des motifs (1911), p. 14.
4 Art. 178 CPC (art. 165 aCPC).
5 Art. 179 CPC (art. 166 aCPC).

cette divergence purement formelle rompt l'harmonie des règles sur la preuve par titres, elle n'a aucune conséquence pratique. Une obligation de produire existe aussi bien pour les tiers que pour les parties à un procès. La loi vaudoise ne distingue pas la force probante d'une pièce selon qu'elle émane des uns ou des autres. L'obligation de produire est la même, le droit à la preuve ne devant pas dépendre du fait que c'est la partie et non un tiers qui détient le titre. Mais les conséquences d'un refus de produire diffèrent, ce qui justifie la présence de deux dispositions. Il convient donc d'examiner séparément l'obligation des parties et celle des tiers. Relevons que le problème ne se pose pas en matière de preuve testimoniale, du moins lorsque la loi de procédure, comme c'est le cas dans le canton de Vaud, ne connaît pas l'audition des parties comme mode de preuve [6].

Une question préalable mérite encore d'être résolue. L'obligation de produire implique-t-elle aussi celle d'établir la pièce lorsqu'elle n'existe pas ? L'article 214 CPC permet au juge de recueillir des renseignements écrits tels que déclarations médicales, attestations de salaires, de date ou de durée d'un emploi. Cette disposition assouplit la règle de l'article 177 CPC qui interdit la production de déclarations faites pour tenir lieu de témoignage [7]. Le juge ne dispose d'aucun moyen pour obliger un tiers à établir un certificat qui n'existe pas encore. Ce n'est d'ailleurs pas le but de l'article 214 CPC, qui tend plutôt à éviter certains témoignages dont le contenu fait généralement l'objet de déclarations écrites. Le juge conserve la faculté d'entendre l'auteur d'une telle pièce, qu'elle soit produite directement par une partie ou sur réquisition. La question de savoir si le droit matériel exige la délivrance d'un certificat échappe aux règles de procédure et le juge n'a pas à en tenir compte. Si l'intéressé refuse d'établir la pièce, l'article 214 CPC est inapplicable. L'obligation de témoigner constitue alors la seule contrainte.

Section 2 *La production par une partie*

Aux termes de l'article 178 CPC, chaque partie est tenue de produire, sitôt qu'elle en est requise par le juge, les titres en sa possession ou à sa disposition entre les mains d'un tiers, pourvu qu'ils soient dési-

[6] Voir à ce propos Guldener, § 43, pp. 369-371.
[7] Poudret, Wurzburger, *ad* art. 214 CPC, p. 130.

gnés avec une précision suffisante. Sauf dans les cas de l'article 963 CO, cette obligation ne vise pas les livres comptables, papiers et registres domestiques et autres écritures faites par la partie pour son usage, ni les lettres missives ou autres écrits émanant de tiers qui, s'ils étaient appelés à témoigner, ne seraient pas tenus de répondre, ni la correspondance privée de nature confidentielle échangée avec des tiers. Notre propos n'est pas de discuter les conditions d'application du premier alinéa de cette disposition.

Relevons toutefois qu'en vertu des articles 264 alinéa 1, 270 alinéa 2 et 274 alinéa 2 CPC, les titres en mains des parties sont joints à leurs pièces de procédure, réunis en un onglet et accompagnés d'un bordereau. Cette règle étant dénuée de sanction, il n'est pas exclu qu'une partie ne produise pas ses titres immédiatement, ou renonce à offrir la preuve par pièces, pour éviter la divulgation d'un secret. Si le juge estime cette preuve nécessaire, il ordonnera néanmoins la production du titre dans l'ordonnance sur preuves, conformément à l'article 282 lettres a et b CPC. Mais lorsque la pièce n'est destinée à prouver que les allégués de son détenteur, celui-ci a la faculté d'échapper à l'obligation de la produire en retirant les allégués correspondants. Le juge pourra alors renoncer à administrer la preuve devenue inutile, en application de l'article 284 alinéa 2 CPC. La partie s'expose évidemment au risque de perdre le procès, puisque les allégués retirés, même admis, disparaissent de la procédure et ne peuvent être pris en considération pour la solution du litige [1]. Si elle maintient ses allégués, la partie est tenue de produire les pièces requises par le juge, mais elle peut lui demander d'ordonner les mesures de sauvegarde des secrets prévues à l'article 183 CPC [2].

Les exceptions à l'obligation de produire d'une partie sont au nombre de trois, qui toutes concernent sa vie privée, sans égard semble-t-il à ses éventuels devoirs de discrétion. Le législateur a même distingué la sphère intime ou secrète de la sphère privée [3]. Ne sont en effet pas soumis à l'obligation, d'une part les pièces établies pour l'usage personnel de la partie, et d'autre part la correspondance privée de nature confidentielle échangée avec des tiers.

Le juge n'a pas à apprécier l'intérêt de chaque partie pour décider s'il doit ordonner la production. Son pouvoir d'appréciation est stricte-

[1] JdT 1937 III 31.
[2] Voir *infra*, pp. 177/178.
[3] Voir *supra*, 2e partie, chap. III, p. 113.

ment limité au caractère privé de la pièce. Cette solution est conforme au respect de la sphère privée. La loi n'oblige en effet personne à tenir des comptes privés ou un journal intime, mais chacun est libre de le faire. En statuant une obligation générale de produire de telles pièces, lorsqu'elles existent, le code de procédure irait à l'encontre de cette liberté garantie par le Code civil.

Le législateur a exclu de l'obligation de produire les pièces établies pour un usage personnel. Le critère de distinction doit donc être recherché dans la volonté de l'auteur qui est parfois délicate à établir. Les motifs importent peu et seul l'usage personnel est déterminant. Cela ne signifie donc pas que des documents strictement personnels ne sont pas admis à titre de preuve, mais leur production ne peut être ordonnée. Nous pensons notamment aux photographies d'amateurs, aux livres et journaux intimes. L'article 178 alinéa 2 CPC crée une certaine inégalité entre les parties en ce sens que celle qui détient des documents qu'elle n'est pas tenue de produire peut les utiliser à sa guise. Il nous paraît dès lors regrettable que le législateur n'ait pas reconnu au juge le pouvoir d'apprécier également si les circonstances de l'espèce ne justifient pas la production par les parties de leurs documents confidentiels.

Les pièces émanant de tiers au procès, en mains d'une partie, bénéficient dans deux cas de la dispense générale de production. L'article 178 alinéa 1 CPC ne s'applique en effet ni aux lettres missives et autres écrits de tiers qui, s'ils étaient appelés à témoigner, ne seraient pas tenus de répondre, ni à la correspondance privée de nature confidentielle échangée avec des tiers. Cette dernière exception vaut aussi pour les doubles de lettres conservés par la partie. Le code de procédure civile laisse toutefois en suspens deux questions qu'on ne saurait ignorer. La première concerne les devoirs de discrétion ou les secrets des tiers et l'autre ceux de la partie elle-même.

Sous l'empire de l'ancien code de procédure, la Chambre des recours du Tribunal cantonal a jugé que non seulement les documents provenant d'un tiers soumis au secret professionnel, en l'espèce les lettres d'un avocat à son client, échappaient au devoir de production de celui-ci, mais que les doubles des réponses à l'avocat, demeurés en possession du client, devaient également bénéficier de cette dispense [4]. Une lettre qui répond à une autre, a dit en substance le Tribunal can-

[4] Ch. des rec. 4.12.1935 (Berset c/Gonthier).

tonal, peut facilement révéler le contenu de celle-ci et un échange de lettres entre deux personnes forme un tout dont généralement on ne peut connaître une patrie sans que cela renseigne sur l'ensemble. On pourrait également considérer l'échange de lettres avec un homme de loi comme de la correspondance confidentielle et privée, mais tel n'est pas toujours le cas. La solution prétorienne était en accord avec la protection que reconnaissait déjà l'ancien code de procédure civile au secret professionnel : n'étant pas tenu de témoigner, l'avocat n'aurait pas eu à produire les originaux des réponses de son client et ce motif de dispense, propre au tiers non partie au procès, doit être étendu aux copies de lettres encore aux mains de la partie. L'article 165 alinéa 3 aCPC comportait donc une lacune que la nouvelle loi n'a pas comblée. La solution du Tribunal cantonal permettant à la partie d'invoquer, à l'appui de son refus de produire une pièce, le devoir de discrétion d'un tiers, nous paraît encore valable aujourd'hui.

La seconde question concerne l'obligation pour une partie tenue par un devoir de discrétion de produire des pièces relatives à des faits couverts par le secret. Elle se pose dans les cas non visés par l'article 178 alinéa 2 CPC. L'application stricte de la loi conduirait normalement le juge à ordonner l'exécution forcée, conformément à l'article 182 CPC. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante, car elle permettrait d'éluder les règles sur le secret profesionnel. Il est en effet possible que le refus de produire ne soit pas motivé par le désir de faire échec à la preuve entreprise, mais par le respect d'un secret concernant des tiers qui n'ont pas consenti à sa divulgation. Si la pièce à produire ne concerne pas directement l'objet du litige, la partie doit être habilitée à invoquer un devoir de discrétion, de la même manière que si elle était entendue comme témoin. Ainsi, dans un procès en divorce, si la partie demanderesse allègue que son conjoint médecin a soigné une cliente devenue sa maîtresse et que celle-ci ne peut être entendue en qualité de témoin, elle ne saurait exiger la production du dossier médical, alors même que la loi de procédure ne prévoit pas cette exception.

La question est plus délicate si le contenu du document constitue l'objet même du litige. Dans ce cas en effet, l'obligation de produire est admise d'une manière générale [5], aussi bien en ce qui concerne la correspondance entre les parties que les documents couverts par le secret

[5] Kaufmann, p. 31. Voir art. 165, al. 2 aCPC.

professionnel. Le confident n'est pas habilité à invoquer son devoir de discrétion pour empêcher sa partie adverse de faire la preuve de ses allégués. Il doit au besoin prendre lui-même les précautions nécessaires à la protection des secrets concernant des tiers au procès ou requérir du juge qu'il applique l'article 183 CPC. Ainsi lorsque des honoraires d'avocat font l'objet de poursuites, les pièces relatives à cette réclamation ne sont pas dispensées de production [6] et en cas de refus, l'avocat s'expose au risque de perdre son procès. Entre les parties, le devoir de discrétion cède devant les règles du droit matériel exigeant la fourniture de renseignements.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le rappeler [7]. Deux époux en instance de divorce étaient en désaccord sur l'évaluation du bénéfice de l'union conjugale. Le Tribunal cantonal argovien avait estimé *ex aequo et bono*, soit sans fixer les bases de son évaluation, les actions de la société détenues par le mari. L'épouse ne disposait d'aucun moyen de preuve pour justifier ses allégués, à l'exception de la preuve par témoin qui avait échoué et qui, de par sa nature, ne convenait pas. Elle avait fait état des livres et documents en possession du demandeur et de la société anonyme dominée par celui-ci, soutenant que leur production rendrait possible une estimation précise de la valeur des actions de cette société par le tribunal ou par un expert. Dans un procès en divorce et s'agissant de la liquidation du régime matrimonial, la femme ne dispose d'aucune autre preuve pour établir le montant des bien matrimoniaux.

Or, a dit le Tribunal fédéral, le droit de l'épouse à la liquidation correcte du régime matrimonial ne peut être exercé que si le mari est tenu de rendre compte de sa gestion des biens matrimoniaux et de fournir des renseignements sur chacune des positions en particulier. De ce droit d'être renseigné découle le principe, non expressément formulé dans la loi fédérale, mais nécessaire pour que ce droit devienne effectif, que le mari est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire la preuve de ses déclarations indépendamment des dispositions des lois de procédure cantonales. Le Tribunal cantonal argovien aurait dû ordonner la production des pièces détenues par la société dominée par le demandeur, nonobstant la nécessité de préserver les secrets d'affaires de cette société.

[6] JdT 1944 III (71) 76.
[7] RO 90 II 467 = JdT 1965 I 322.

L'obligation de produire primait dans ce cas le secret et il incombait à l'intimé à la production d'indiquer la manière dont les renseignements nécessaires pouvaient être communiqués sous le sceau du secret [8].

On ne saurait toutefois admettre que l'obligation de renseigner la partie adverse sur l'objet même du litige prime nécessairement tout devoir de discrétion. S'il est plus important que la preuve, le secret doit être sauvegardé. Cependant le fait qu'il concerne de près l'objet du litige est un indice en faveur de l'administration de la preuve. Il ne dispense pas le juge de procéder, le cas échéant, à la pesée des intérêts.

Section 3 *La production par un tiers*

Comme source de renseignements [1], la production de pièces présente des risques aussi grands, sinon plus, que le témoignage pour la protection des secrets. Il est dès lors justifié d'étendre à l'obligation de produire les motifs de dispense reconnus en matière de témoignage [2]. Dès 1911, le législateur vaudois a consacré cette solution. Il a en outre conféré aux tiers les mêmes droits qu'aux parties [3]. Hormis le cas du défaut de pertinence, l'article 179 CPC se réfère simplement aux dispositions sur le témoignage et la production de pièces par les parties ; cette disposition appelle néanmoins quelques remarques.

Le devoir de produire des confidents qualifiés est limité aux cas où le document ne tombe pas sous le coup du secret professionnel. Les principes découlant des articles 198 et 199 CPC sont applicables sans restriction.

Les tiers astreints à produire des titres peuvent, comme les parties, demander au juge d'ordonner les mesures adéquates pour empêcher qu'il n'en soit fait abus, notamment pour sauvegarder des secrets d'affaires [4]. Dans sa décision, à laquelle l'article 199 est applicable par analogie, le juge doit tenir compte de cette disposition permettant d'éviter les dangers inhérents à la production. L'intérêt à la preuve invoqué par

[8] Voir également RO 93 II (60) 62 = JdT 1968 I 160 (rés.).

[1] Voir RO 90 II 372 = JdT 1965 I 330.

[2] Wehrli, p. 28 et les références en n. 2.

[3] Exposé des motifs (1911) p. 14 ; art. 166, al. 1 aCPC (voir *supra*, p. 149, n. 9).

[4] Art. 183 CPC.

la partie requérante a dès lors d'autant plus de poids qu'il est facile de préserver les secrets d'autrui par une mesure adéquate. Cette interprétation du pouvoir de décision du juge [5] qui n'est, rappelons-le, pas valable en matière de secret professionnel, implique selon nous la faculté d'ordonner d'office des mesures de sauvegarde, bien que la loi exige apparemment une requête de l'intéressé [6]. Si les mesures prises protègent efficacement le secret, il n'y a aucune raison de renoncer à la production d'une pièce.

Le cas des secrets propres au tiers requis de produire est plus délicat. Si les pièces contiennent des secrets d'affaires et sont en même temps des écrits à usage personnel, le code ne dit pas lequel des articles 178 alinéa 2 ou 200 CPC est applicable. Lorsque les conditions de l'article 178 alinéa 2 CPC sont remplies, cette disposition s'applique à l'exclusion selon nous de l'article 200 CPC qui va moins loin dans le sens de la protection des secrets. Il faut regretter, une fois de plus, que le juge n'ait pas à se prononcer non seulement sur le caractère personnel d'une pièce ou le caractère confidentiel de la correspondance dont la production est requise, mais aussi sur l'opportunité d'exiger malgré tout la production, lorsque l'intérêt qu'elle présente pour la solution du litige est plus grand que celui de l'intéressé au maintien du secret. Cette extension du pouvoir d'appréciation du magistrat se justifie particulièrement en matière de production, car il existe la possibilité de sauvegarder les secrets selon l'article 183 CPC.

Section 4 *L'application de l'article 963 CO en procédure vaudoise*

A. *Généralités*

Bien que l'article 963 CO soit une disposition du droit fédéral, il convient de l'examiner dans cette partie consacrée au droit vaudois. L'article 178 alinéa 2 CPC, à l'instar de l'article 165 alinéa 3 aCPC, réserve en effet les cas d'application de cette disposition fédérale lorsqu'elle est incompatible avec les exceptions à l'obligation de produire des pièces prévues par le droit vaudois.

[5] Voir *supra*, 2e partie, chap. III, p. 129.
[6] Voir JdT 1935 III 124.

Aux termes de l'article 963 CO, nouvelle version [1], toute personne astreinte à tenir des livres peut être obligée, dans les contestations qui concernent l'entreprise, de produire ses livres, sa correspondance et les pièces comptables, si un intérêt digne de protection est démontré et si le juge estime cette production nécessaire à l'administration de la preuve. Les enregistrements sur des supports de données ou d'images doivent être produits de manière à être lisibles sans l'aide d'instruments.

L'ancien article 879 du Code fédéral des obligations de 1881 était déjà compris comme une norme de procédure, et non de droit matériel. Il n'avait créé aucun droit indépendant permettant de requérir la production des livres comptables hors procédure [2]. Il s'agissait déjà d'un empiètement caractérisé du droit fédéral dans le domaine de la procédure réservé aux cantons [3]. Notre droit civil ne connaît pas de dispositions générales analogues à celles des paragraphes 809 et 810 du Code civil allemand [4], qui règlent l'obligation de produire, que ce soit dans un procès ou en dehors de tout litige. En droit suisse au contraire, l'obligation de produire des pièces en justice n'a pas été reconnue comme

[1] LF complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations). Modification du 19.12.1975, ROLF 1976, p. 1331. La dernière modification des articles 962 et 963 CO concerne la conservation des livres et de la correspondance sur des supports de données ou d'images (Voir message du Cons. féd., FF 1975 I, pp. 1809-1827). Elle n'a rien changé aux conditions d'application de la disposition, posées à l'alinéa premier. L'expression peu claire d'« intérêt légitime », aux yeux du Conseil fédéral, a seulement été remplacée par la notion plus satisfaisante d'« intérêt digne de protection » (Message, p. 1826).

[2] RO 55 II (203) 206 = JdT 1930 I (75) 78.

[3] Kaufmann, p. 20.

[4] § 809 *BGB* : « Wer gegen dem Besitzer einer Sache einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewissheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, kann, wenn die Besichtigung der Sache aus diesem Grunde für ihn von Interesse ist, verlangen, dass der Besitzer ihm die Sache zur Besichtigung vorlegt oder die Besichtigung gestattet. »

§ 810 *BGB* : « Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze gefindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind. »

Il existe en revanche en droit civil suisse des prétentions à la présentation de documents et d'autres choses mobilières, qui ressortissent du droit matériel et auxquelles renvoient certaines lois de procédure civile. Voir l'art. 328 du CPC zurichois qui prévoit que l'obligation de produire des documents est régie par les dispositions du droit privé (Kaufmann, pp. 17/18).

un principe général et l'article 963 CO n'est applicable qu'en cas de contestation judiciaire [5]. Le juge est seul habilité à ordonner la production d'une pièce selon cette disposition et l'obligation qui en découle pour le détenteur est de même nature que celle que lui imposent les règles cantonales de procédure [6].

B. *Le but de l'article 963 CO*

Une des raisons qui ont incité le législateur à obliger les personnes inscrites au registre du commerce à tenir des livres de comptabilité était de permettre au commerçant ou à son cocontractant de les utiliser comme moyen de preuve en cas de contestation relative à la marche des affaires [7]. Sans renverser le fardeau de la preuve [8], le législateur a voulu que la partie adverse puisse requérir la production de ces pièces, indépendamment de la volonté de leur détenteur et des dispositions cantonales sur l'obligation de produire en justice. L'article 963 CO ne constitue dès lors pas une disposition générale de procédure, mais particulière, justifiée par la protection d'un principe du droit matériel [9]. La tenue d'une comptabilité n'est pas simplement une faculté pour les commerçants, mais une obligation qui implique qu'elle puisse servir de moyen de preuve, même contre son auteur.

C. *Les conditions d'application*

L'ancienne disposition limitait l'obligation de produire les livres et papiers d'affaires aux cas de contestations relatives à l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie. L'article 963 CO s'applique dès que le litige concerne l'entreprise comme telle. La violation d'une clause d'interdiction de concurrence justifie notamment la production de la

[5] FF 1928 I, p. 345. RO 55 II 208 = JdT 1930 I 79 et les références. RO 73 I (358) 360 = JdT 1948 I (239) 241. *BlZR* 35 1936, nº 46, p. 98. *BlZR* 67 1968, nº 56, p. 194. RSJ 44 1948, nº 97, p. 294. Ammann, p. 32. Guhl, Merz, Kummer, p. 750. Guldener, p. 353, ch. 3. H. U. Walder, p. 361 et les références.

[6] RO 93 II (60) 62 = JdT 1968 I 160 (rés.).

[7] Bull. sten. CN 1932, p. 63 (Béguin). RO 55 II (203) 206 = JdT 1930 I (75) 78.

[8] Ammann, p. 33.

[9] RO 55 II 206 = JdT 1930 I 78. Schurter, Fritzsche, p. 527, *litt.* b.

comptabilité du nouvel employeur du contrevenant, alors même qu'il n'est pas partie au procès [10]. La Cour de justice civile genevoise a même admis l'application de l'article 963 CO dans un procès n'intéressant pas directement la société, l'entreprise intimée à la production de ses livres étant une société anonyme dominée par une seule personne (*Einmanngesellschaft*) qui elle était intéressée au litige [11]. Celui qui se prévaut de la distinction juridique entre la société et l'unique actionnaire dans le seul but de se soustraire à l'obligation de produire commet un abus de droit.

L'obligation dépend en outre de l'existence d'un intérêt digne de protection. Il faut en effet que la preuve entreprise influe sur le sort du litige. De plus, l'intérêt à la preuve doit l'emporter sur la nécessité de sauvegarder un secret, à moins que des mesures de précaution ne soient possibles, auquel cas le juge est tenu de les ordonner [12]. Il doit par exemple se contenter d'un extrait certifié conforme [13].

Le problème du maintien d'un secret professionnel se pose également. Selon nous, l'article 963 CO ne permet pas d'exiger, par exemple, la production par un établissement hospitalier de documents soumis au secret médical. Seuls en effet les livres, la correspondance commerciale et les pièces comptables sont exigibles. Il appartient toutefois à l'entreprise de tenir une comptabilité susceptible d'être produite sans divulgation du secret professionnel. Quiconque a l'obligation de faire inscrire sa raison sociale au registre du commerce doit posséder les livres exigés par la nature et l'étendue de ses affaires [14]. La nature des affaires impose parfois la tenue d'une comptabilité qui ne contienne pas de renseignements soumis au secret professionnel. Si en revanche le juge exige la production d'une lettre commerciale, mais qui contient aussi de tels renseignements, l'entreprise est en droit de ne produire que les extraits remplissant les conditions de l'article 963 CO.

La production d'une pièce requise conformément à l'article 963 CO doit enfin être nécessaire à la preuve. Cela ne veut pas dire qu'il doit

[10] JdT 1946 I (443) 444 (passage non transcrit *in* RO 72 II 80). Voir également RO 71 II 244. RO 73 I 359 = JdT 1948 I 241. RSJ 44 1948, n° 97, p. 294. RSJ 64 1968, n° 98, p. 141. SJ 1965, p. 352.

[11] SJ 1970, p. 16.

[12] JdT 1946 I 444. RSJ 64 1968, n° 98, p. 141.

[13] SJ 1965, p. 352.

[14] CO, titre trente-deuxième : De la comptabilité commerciale, art. 957-964 ; sur l'obligation de s'inscrire au RC pour une permanence médicale ou dentaire : Voir RO 100 I b 345 et 350 = JdT 1975 I 283 et 285.

être impossible de rapporter la preuve d'une autre manière. Il serait en effet contraire au but de l'obligation de tenir des livres d'exiger que la partie instante à la production y renonce si la preuve peut être rapportée par une expertise, quels que soient sa durée et son coût. Si le juge admet la preuve par pièces, il ne saurait ordonner la production de l'ensemble des livres ou de la correspondance commerciale d'une partie ou d'un tiers, mais doit décider *prima facie* quelles pièces sont nécessaires à la preuve entreprise. Une interprétation trop restrictive du caractère nécessaire d'une production nous paraît contraire à l'esprit de la loi, compte tenu du caractère probatoire des livres commerciaux et du fait que le juge, au moment de rendre sa décision, ne connaît pas le résultat de la preuve.

D. *Les rapports entre le droit fédéral et la procédure cantonale*

L'article 963 CO ne règle pas de manière exhaustive l'obligation de produire de telles pièces devant les tribunaux des cantons, ce qui serait d'ailleurs contraire à l'article 64 bis de la Constitution. Les prescriptions cantonales en la matière s'appliquent parallèlement à la disposition fédérale, notamment en ce qui concerne les conséquences d'un refus de produire. Seule la procédure cantonale peut prévoir qu'en cas de refus par une partie, les allégués de l'autre sont tenus pour vrais [15]. De même, la répression des contraventions de procédure dépend exclusivement du droit cantonal, même si la production est ordonnée conformément à l'article 963 CO. Mais, s'agissant d'une règle fédérale, cette disposition ne saurait être appliquée différemment d'un canton à l'autre [16]. Lorsque les conditions sont remplies, les exigences particulières des procédures cantonales cèdent devant le droit fédéral, notamment lorsqu'elles posent des conditions plus strictes ou prévoient des motifs de dispense. L'article 963 CO prime toutes dispositions de procédure qui en restreignent la portée.

Le législateur vaudois a prévenu tout conflit entre le code de procédure civile et l'article 963 CO en réservant expressément l'application de cette dernière disposition. Relevons toutefois que la force probante

[15] *Praxis* II 1913, nº 4, p. 3.
[16] RO 82 II (555) 565 = JdT 1957 I (130) 135.

attachée à la comptabilité du commerçant excluerait l'application de l'article 178 alinéa 2 CPC, même si le droit fédéral ne statuait aucune obligation particulière de produire. Cette comptabilité n'est en effet pas tenue pour un usage personnel, puisque la loi l'exige, de même que la conservation de la correspondance.

§ 2 Procédure pénale

Section 1 *L'obligation de produire des pièces*

L'instruction d'office et l'absence de règles précises sur les modes de preuve en matière pénale confèrent à l'autorité judiciaire la plus grande liberté quant aux moyens à mettre en œuvre pour établir la vérité. Le juge a notamment la faculté de joindre au dossier tout ce qui a servi ou a été destiné à commettre l'infraction, tout ce qui paraît en avoir été le produit, ainsi que tout ce qui peut concourir à la manifestation de la vérité. L'intérêt public à la poursuite pénale exige que chacun remette à l'autorité les pièces jugées nécessaires à l'instruction de la cause, qu'il soit ou non partie au procès.

Le code de procédure pénale du 3 septembre 1940 statuait à son article 135 le devoir pour quiconque de remettre, à la première réquisition, tout objet pouvant servir de pièce à conviction. Dans le code de procédure pénale du 12 septembre 1967, cette « obligation de produire », comparable dans ses conséquences à celle de la procédure civile, est régie par les dispositions sur le séquestre [1]. Le séquestre est une décision du juge qui joint au dossier de la cause un objet ou le met sous son autorité durant le procès. A moins que l'objet séquestré n'ait été abandonné par l'auteur de l'infraction ou par un tiers, la décision implique pour le détenteur l'obligation de le remettre au juge ou de le tenir à sa disposition [2].

Bien que la loi de procédure pénale n'emploie pas cette expression [3], il existe donc une obligation de produire à la charge des parties

[1] Art. 223-230 CPP.

[2] Art. 224 CPP. Voir Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 256, n. 28.

[3] L'art. 145 aCPP relatif à la sauvegarde des secrets étrangers à la cause employait l'expression « pièce produite ». (Voir *supra*, p. 153, n. 1.)

et des tiers. L'obligation découlant du séquestre pose les mêmes questions, *mutatis mutandis*, que le devoir de produire des pièces en procédure civile. L'opposition éventuelle au séquestre se manifeste sous la forme d'un refus de production.

Section 2 *L'opposition au séquestre*

Comme en procédure civile, le législateur vaudois a réglé différemment les exceptions au séquestre et celles à l'obligation de témoigner. L'article 225 CPP dispose que lorsque le détenteur s'oppose au séquestre, le juge prend les mesures nécessaires pour empêcher la disparition ou l'altération de l'objet à séquestrer. Il décide ensuite si et dans quelle mesure de justes motifs, tirés notamment de la nécessité de sauvegarder un secret professionnel, permettent au détenteur de s'opposer au séquestre.

Une première remarque s'impose sur la forme de cette disposition ; le législateur aurait dû en effet parler de l'objet séquestré et non à séquestrer, car la décision du juge précède nécessairement l'opposition, c'est-à-dire le refus de produire l'objet. On ne saurait en effet concevoir d'opposition au séquestre si l'objet est déjà au dossier. Le code prévoit la possibilité de le laisser aux mains de celui qui le détient, mais il ne prévoit pas l'éventualité d'une restitution, à la suite de l'opposition. Si l'objet est en possession du magistrat, seules les mesures de sauvegarde prévues à l'article 228 CPP sont envisageables. L'article 225 CPP concerne plutôt le refus de produire l'objet séquestré que l'opposition au principe même du séquestre. Dans la mesure où elle est admise, l'opposition prime la décision de séquestre et l'intéressé n'est plus tenu de remettre l'objet au juge ou de le tenir à sa disposition. Il eût dès lors été préférable de rédiger l'article 225 alinéa 1 CPP en ces termes : « Lorsque le détenteur refuse de produire l'objet séquestré, le juge prend les mesures nécessaires pour empêcher sa disparition ou son altération ».

Le refus de produire une pièce ou n'importe quel objet dans un procès pénal n'est légitime que si de justes motifs, apparemment laissés à la libre appréciation du juge, le commandent. A cet égard, la loi mentionne la nécessité de sauvegarder un secret professionnel, sans préciser toutefois si le juge doit renoncer au séquestre d'une pièce contenant des

faits relevant d'un devoir de discrétion absolu. Alors même qu'il n'a pas repris la formule adoptée en matière d'obligation de témoigner, rien ne permet de croire que le législateur a voulu s'en écarter dans le cas du séquestre. Dans son appréciation des justes motifs, le juge est en tout cas limité par les lois qui imposent le secret professionnel et qui reconnaissent à certains confidents le droit de se taire, même déliés de leur devoir de discrétion. Pour le surplus, l'article 225 CPP est plus large, dans sa forme sinon dans son fond, que l'article 196. N'importe quel devoir de discrétion peut en effet, selon les circonstances, constituer un juste motif permettant au détenteur de s'opposer valablement au séquestre.

Constitue selon nous un juste motif l'existence d'un intérêt au maintien du secret supérieur à celui à la preuve ou à l'indice recherché. Le juge sera donc amené à trancher selon la méthode de la pesée des intérêts, conformément aux exigences du droit matériel. Cette solution, qui nous paraît la plus satisfaisante du point de vue des rapports entre les divers domaines du droit cantonal et fédéral, est aussi celle qui permet de concilier au mieux les intérêts privés des justiciables et l'application de la loi pénale [1]. On doit regretter que le législateur n'ait pas repris de manière plus précise le principe du droit au secret des confidents qualifiés [2].

En plus de l'intérêt très important à la poursuite pénale, un élément, qui existe également en procédure civile, permet de restreindre considérablement le nombre des justes motifs. Dans la mesure en effet où un secret peut être sauvegardé, même à l'égard des parties, l'intérêt à ce qu'il ne soit pas divulgué diminue, voire disparaît, devant la nécessité d'établir la vérité. A l'exception du secret professionnel, un devoir de discrétion ou un secret du détenteur de l'objet séquestré ne constitue un juste motif au sens de l'article 225 CPP que si l'intérêt du détenteur l'exige, malgré les mesures de précaution que le juge pourrait ordonner en application de l'article 228 CPP.

En matière de protection des secrets privés, la portée pratique de l'article 225 CPP est dès lors très restreinte. L'opposition au séquestre

[1] A la condition qu'il existe une voie de recours. Voir sur ce point Gilliéron, *ad* art. 225 CPP, rem. D, p. 135 et art. 136, al. 2 aCPP.

[2] Nous avons vu en revanche que le législateur aurait dû prévoir formellement le droit de refuser de témoigner devant le juge pénal pour justes motifs (*supra*, p. 168).

pour ce motif ne doit selon nous être admise que lorsque le devoir de discrétion d'un confident qualifié est en jeu ou que l'objet séquestré ne présente qu'un intérêt très limité pour la cause. L'obligation très étendue de remettre au juge pénal les objets séquestrés est en revanche limitée, en pratique, par la faible menace que constitue la peine d'arrêts ou d'amende de cinq cents francs au plus. Il est paradoxal que le législateur ait renoncé à prévoir l'exécution forcée d'une décision de séquestre, alors qu'en procédure civile l'exécution forcée d'une ordonnance de production de pièce est possible. Lors de la révision totale de la procédure pénale vaudoise, on n'a même pas songé à augmenter le maximum de l'amende prévue en cas d'opposition injustifiée au séquestre [3].

L'exécution forcée ne présente toutefois pas de garanties sérieuses, surtout en procédure pénale, quant à la découverte d'un moyen de preuve. Le détenteur de l'objet a tout loisir de le faire disparaître. Le juge n'est certes pas complètement démuni. L'article 220 CPP lui confère la faculté de séquestrer les documents et objets utiles à l'enquête lors d'une visite domiciliaire. Il doit néanmoins se conformer aux dispositions des articles 223 et suivants CPP et respecter les droits du détenteur de l'objet de s'opposer au séquestre et de réquerir des mesures de sauvegarde.

Le Tribunal fédéral a jugé récemment que, dans la mesure où les documents à séquestrer contiennent des secrets professionnels, le séquestre peut être ordonné, notamment lorsque le confident qualifié est lui-même suspecté [4]. Encore faut-il que l'importance du délit commis le justifie. Mais lorsque le confident n'est pas impliqué, de telles pièces ne doivent selon nous jamais être séquestrées. Il faut toutefois signaler un arrêt français qui semble aller à l'encontre de cette affirmation [5]. La Cour de Cassation criminelle a admis le séquestre de documents médicaux, parce que le patient avait cherché à tromper le médecin et, par lui, la justice. La mauvaise foi du patient supprime en effet le devoir de discrétion [6]. En revanche, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question du séquestre lorsque le secret existe réellement.

[3] Art. 227 CPP (art. 137 aCPP). Voir art. 182 CPC (art. 169 aCPC).

[4] RO 101 I a 10.

[5] Cass. crim. 24.4.1969 (Rohart). JCP, la sem. jur. 1970 II 16306 (voir le résumé de cet arrêt *in* JdT 1969 III 71, qui en déforme toutefois le sens réel).

[6] Voir R. Savatier, Observation III sur l'arrêt précité et les références. *Supra*, 2e partie, chap. I, pp. 36/37.

Section 3 *La sauvegarde des secrets*

Aux termes de l'article 228 CPP, lorsqu'une pièce ou un objet séquestré peut constituer une source de renseignements sur des faits étrangers à la cause ou qu'il importe de garder secrets, le juge prend les mesures nécessaires pour éviter la divulgation de ces renseignements, même aux parties. Le juge statue d'office ou à la requête des personnes intéressées à la sauvegarde du secret ; il rend une décision motivée [1].

Le juge n'est pas limité quant aux mesures possibles, les parties et le Ministère public pouvant même se voir refuser la communication de certaines pièces. Le droit des intéressés, qu'ils soient ou non parties ou détenteurs de l'objet séquestré, est très étendu. On trouve deux passages au moins dans les travaux préparatoires qui insistent sur la nécessité de reconnaître un droit de recours contre les décisions du juge en la matière [2]. En outre, la condition cumulative prévue par l'ancienne disposition a été transformée en une condition alternative qui permet de sauvegarder également les secrets dignes de protection, même s'ils ne sont pas étrangers à la cause. Il importe, par exemple, que le plaignant n'ait pas connaissance des secrets de fabrication du prévenu, même s'il y a eu violation d'un brevet [3].

Le champ d'application de l'article 228 CPP est très étendu, ce qui a pour conséquence, nous l'avons vu, de restreindre celui de l'article 225 CPP, du moins lorsque l'opposition au séquestre est motivée par le maintien d'un secret.

L'article 228 CPP est la seule disposition permettant aux tiers d'intervenir auprès du juge afin de préserver un secret. En procédure vaudoise en effet, il appartient au détenteur d'une pièce ou au témoin de résister aux requêtes de production et aux questions qui l'obligeraient à violer un devoir de discrétion [4]. S'il ne le fait pas, il s'expose à une action en dommages-intérêts ou à une poursuite pénale introduite par l'intéressé au maintien du secret. Ce système est justifié par l'impossibilité matérielle pour le juge de savoir dans quel cas l'établissement d'une preuve lèse les droits d'une tierce personne. Il eût été peu ration-

[1] Voir art. 145 aCPP. (*Supra*, p. 153, n. 1).

[2] Obs. TC, p. 15. Obs. pdt, p. 62. Voir également Gilliéron, *ad* art. 228 CPP, rem. D, p. 137.

[3] Obs. J. Instr., p. 4 (AP II).

[4] JdT 1951 III (88) 95.

nel de donner à tout intéressé la faculté d'intervenir directement pour préserver ses droits. L'intéressé, qui n'est pas partie au procès ni détenteur de la pièce à produire, n'est d'ailleurs pas moins bien protégé. Ayant en effet confié son secret, il a pris le risque d'une divulgation illicite. Le détenteur en sera seul responsable, en toutes circonstances, soit également s'il témoigne ou produit une pièce en justice sans y être tenu.

Pourtant l'article 228 CPP confère à tout intéressé le droit de requérir lui-même les mesures propres à sauvegarder les secrets contenus dans une pièce séquestrée, contrairement à l'article 183 CPC. Cette différence s'explique par le fait qu'en procédure pénale, le juge séquestre parfois d'office des objets qui ne se trouvent pas aux mains de leur légitime détenteur, parce qu'ils ont été volés ou abandonnés. Il importe alors que leur propriétaire ou leur détenteur puissent intervenir.

A cet égard, il nous paraîtrait judicieux d'ouvrir également la voie de l'article 225 CPP au détenteur dépossédé de ses pièces, voire à tout intéressé au maintien d'un secret. La notion de détenteur ne doit en tout cas pas être interprétée de manière littérale et le confident qualifié notamment conserve, selon nous, le droit de s'opposer au séquestre de documents confidentiels volés chez lui, alors même qu'il ne les détient plus.

Chapitre IV

LES VOIES DE RECOURS

Après avoir étudié les solutions que la procédure vaudoise donne aux conflits entre l'obligation de témoigner et de produire des pièces d'une part, et les devoirs de discrétion d'autre part, il convient d'examiner les voies de recours ouvertes aux parties et aux tiers intéressés à la décision du juge.

A cet égard, la situation du témoin qui refuse de déposer en invoquant un devoir de discrétion, ou du détenteur d'une pièce qui refuse de la produire pour le même motif, ne se confond pas nécessairement avec celle du tiers, non partie au procès, qui a un intérêt au maintien du secret. Elle diffère aussi de la situation de la partie instante à la preuve ou de la partie qui a le souci de conserver un secret.

§ 1 Le recours du témoin ou du détenteur de pièces

En procédure civile comme en procédure pénale, le témoin à qui le juge a dénié le droit de se taire court le risque d'être condamné s'il refuse de déposer à une amende de trois cents francs au maximum [1]. Le détenteur d'une pièce est dans une situation différente, selon la nature de la cause. Le code de procédure civile ne connaît pas de sanction pénale, mais prévoit l'exécution forcée de l'ordonnance de production [2]. En procédure pénale au contraire, le refus de se dessaisir d'un objet séquestré est passible d'une peine d'arrêts ou d'amende de cinq cents

1 Art. 195 CPC et 193 CPP.
2 Art. 182 CPC.

francs au maximum [3]. Bien que le code de procédure pénale ne prévoie pas l'exécution forcée du séquestre, lorsque les nécessités de l'instruction l'exigent, le juge peut pénétrer d'autorité dans un domicile et séquestrer les documents et objets utiles à l'enquête. Il peut aussi procéder à une visite domiciliaire ensuite d'une opposition injustifiée au séquestre, tout en conservant la faculté de dénoncer en outre le détenteur des objets au juge instructeur compétent. En effet, la répression de cette contravention de procédure n'appartient pas au juge saisi du litige principal, mais au Tribunal de police [4].

Dans tous les cas, la personne condamnée en raison de son refus ou contrainte de remettre une pièce au juge peut recourir. La procédure varie toutefois selon qu'il s'agit d'une cause civile ou pénale.

Section 1 *Le refus de témoigner en procédure civile*

En vertu de l'article 195 alinéa 2 CPC, le témoin condamné à une amende pour refus de témoigner peut recourir au Tribunal cantonal dans les dix jours par mémoire motivé. Celui-ci doit en principe être déposé par l'intermédiaire du greffe du tribunal ou du juge de paix qui a prononcé la condamnation [1]. L'article 195 alinéa 2 CPC déroge donc à la règle de l'article 458 qui n'exige pas que l'acte de recours soit motivé [2]. La jurisprudence a toutefois fait abstraction des règles strictes de la procédure contentieuse et admis le pourvoi d'un témoin défaillant condamné qui avait clairement manifesté dans sa déclaration de recours son intention de faire appel [3]. Cela doit valoir également en cas de refus de témoigner, car il serait paradoxal d'interpréter plus restrictivement l'article 195 alinéa 2 CPC que l'article 191 alinéa 3 qui prévoit la même procédure de recours.

A la différence de l'article 183 alinéa 2 aCPC, le texte en vigueur ne précise plus que l'autorité de recours a la compétence de lever ou de modérer l'amende. Malgré le silence des travaux préparatoires [4], la

[3] Art. 227 CPP.
[4] Art. 8, al. 1, ch. 2 CPP. Voir Gilliéron, *ad* art. 227 CPP, rem. C, p. 135.
[1] Art. 458 CPC.
[2] BGC 1966, p. 753. Exposé des motifs.
[3] TC 25.3.1931 (Krayenbühl).
[4] Voir BGC 1966, p. 722. Exposé des motifs.

règle demeure valable. La loi ne restreint en aucune manière le pouvoir d'examen du Tribunal cantonal qui revoit la cause en fait et en droit. Le recourant a la faculté de produire des pièces pour compléter le dossier. A notre avis, il peut être interrogé et admis à plaider si le Tribunal cantonal ordonne l'administration de preuves nouvelles [5].

Si la Chambre des recours arrive à la conclusion que le témoin avait le droit de refuser sa déposition, elle doit supprimer l'amende. Elle peut la réduire si sa quotité ne correspond pas à une saine appréciation des circonstances de l'espèce, notamment lorsque le condamné a obéi à un mobile honorable dont le premier juge n'a pas tenu compte [6]. Un renvoi de la cause en première instance pour nouvelle décision paraît dès lors exclu.

Section 2 *Le refus de témoigner en procédure pénale*

Selon que l'amende est infligée par le juge instructeur ou par l'autorité de jugement, le témoin condamné peut recourir au Tribunal d'accusation ou à la Cour de cassation.

Saisi d'un recours interjeté par un témoin condamné pour refus de répondre au juge instructeur, le Tribunal d'accusation examine librement les questions de fait et de droit, sans être limité par les moyens ni par les conclusions des parties [1]. Il jouit du même pouvoir d'examen que la Chambre des recours en procédure civile. Le dossier de la cause est toutefois transmis au Ministère public, qui peut y joindre son préavis s'il l'estime utile [2]. Contrairement à la Chambre des recours, le Tribunal d'accusation n'a pas la faculté d'entendre le témoin condamné, vu l'article 305 CPP, ce qui nous paraît regrettable. Il est en effet plus facile d'exprimer de vive voix les motifs d'un refus de témoigner sans révéler le secret qu'on désire conserver.

Sous l'empire du code de procédure pénale de 1940, le témoin condamné par l'autorité de jugement pouvait recourir à la Cour de cassation selon une voie semblable à celle de la procédure civile [3]. La

5 Voir art. 454 et 469, al. 2 CPC.
6 JdT 1960 III (119) 122 en haut.
1 Art. 306 CPP.
2 Art. 302, al. 2 CPP.
3 Art. 325 aCPP.

Cour de cassation n'avait toutefois pas, selon nous, la faculté d'entendre le recourant. Le code de 1967 a introduit le recours en réforme séparé [4] contre certaines décisions, qui ne sont pas des jugements principaux aux sens de l'article 410 alinéa 2 CPP [5], et notamment contre les amendes infligées par le tribunal aux témoins qui refusent de répondre. Aux termes de l'article 421 alinéa 1 CPP, le recours est également ouvert au Ministère public.

Pour les contraventions de procédure, le pouvoir d'examen de la Cour de cassation est le même que pour les jugements principaux, puisqu'il s'agit de revoir la fixation d'une peine. Il est limité aux questions de droit et ne s'exerce que sur l'appréciation juridique des faits par le premier juge. La Cour ne peut plus, comme sous l'empire de l'ancien code, revoir la cause dans son ensemble et substituer son appréciation à celle du tribunal. Seule une application erronée de la loi, à laquelle il faut assimiler un abus de pouvoir d'appréciation [6], permet la révision du jugement. Comme dans la procédure de recours en réforme contre un jugement principal, la production de pièces nouvelles en seconde instance est interdite [7]. Cette différence entre la *cognitio* de la Cour de cassation et celle du Tribunal d'accusation paraît choquante. On peut toutefois admettre qu'au stade du jugement d'une affaire pénale, la question du droit de refuser de témoigner se pose rarement. Dans la plupart des cas en effet, elle a été résolue au stade de l'instruction, à moins que le témoin ne soit entendu pour la première fois qu'après la saisine de l'autorité de jugement [8]. En pratique, cette divergence, qui a semble-t-il échappé au législateur, ne devrait pas porter à conséquence. La solution du conflit entre un devoir de discrétion et l'obligation de témoigner est en effet une question essentiellement juridique. Il n'en est pas moins regrettable d'avoir introduit deux voies de recours pour faire appel d'une décision de même nature, privant ainsi le témoin condamné de toute instruction en seconde instance, alors même qu'il aurait été entendu pour la première fois au cours de la phase de jugement.

[4] Art. 420 CPP.
[5] BGC 1967, p. 918. Exposé des motifs.
[6] Art. 415, al. 2 CPP par analogie.
[7] Gilliéron, thèse, pp. 235/236.
[8] Gilliéron, *ad* art. 313 CPP, rem. C et D, pp. 193/195.

La condamnation d'un témoin ne constituant pas un jugement principal, la voie du recours en nullité n'est pas ouverte au condamné. L'article 448 CPP est toutefois applicable par analogie à l'admission du recours en réforme séparé pour fausse application du droit procédural [9]. La Cour de cassation peut dès lors annuler d'office le jugement s'il est entaché de vices tels qu'il est impossible de savoir comment la loi a été appliquée. Cela sera notamment le cas lorsque l'état de fait retenu par le premier juge à l'appui de la peine infligée est incomplet.

Section 3 *Le refus de produire une pièce en procédure civile*

La sanction du refus injustifié de produire une pièce dans un procès civil est l'exécution forcée de l'ordonnance de production [1]. Le code de procédure civile ne prévoit aucune sanction pénale, ni condamnation aux frais. Une ordonnance de production ne peut toutefois être rendue sans que le tiers intéressé ait été préalablement requis par le juge de produire le titre et, en cas de refus, entendu dans ses moyens d'opposition ou dûment cité à cet effet [2]. Lorsqu'une ordonnance sur preuves est rendue, elle n'est pas opposable au tiers intimé et n'est assimilable ni à une réquisition, ni à une ordonnance de production. C'est une invitation à produire, dénuée de sanction, ce qui s'explique par le fait que le tiers n'est pas entendu à l'audience préliminaire.

Un recours au Tribunal cantonal est ouvert contre l'ordonnance de production rendue conformément à l'article 180 CPC. Ce moyen est identique à celui qui est offert au témoin condamné à une amende [3]. L'arrêt de la Chambre des recours confirmera, ou au contraire infirmera, l'ordonnance rendue par le juge de première instance. En revanche, nous verrons que les parties n'ont aucun moyen de s'opposer à une ordonnance de production [4].

Expressément prévu par la loi, le recours contre l'ordonnance de production échappe aux règles de la procédure non contentieuse [5]. Il

9 Gilliéron, *ad* art. 420 CPP, rem. C, p. 289.
1 Art. 182 CPC.
2 Art. 180, al. 1 CPC.
3 Art. 180, al. 2 CPC.
4 Voir *infra*, pp. 201 ss.
5 Art. 489 CPC. JdT 1964 III (101) 104.

s'agit d'un recours en réforme suspensif [6] au sens de l'article 451 chiffre 1 CPC.

Aucune voie de recours n'est prévue contre les décisions du premier juge au sujet des mesures propres à sauvegarder des secrets [7]. Ces décisions paraissent dès lors soumises à l'article 489 CPC, notamment si le refus de prendre des mesures est arbitraire [8]. Nous pensons par ailleurs que le tiers requérant l'application de l'article 183 CPC devrait bénéficier du même droit de recours qu'à l'encontre d'une ordonnance de production. Bien que la loi ne la prévoie pas, cette solution permettrait d'éviter que le détenteur d'une pièce ne refuse de la produire parce qu'il ignore si le juge fera droit à sa requête de mesures de sauvegarde. En procédure pénale, l'intéressé peut recourir contre la décision du juge ; il serait paradoxal qu'il ne puisse le faire en procédure civile. L'application par analogie de l'article 180 alinéa 2 CPC nous paraît justifiée.

Section 4 *L'opposition au séquestre en procédure pénale*

Le tiers condamné aux arrêts ou à l'amende, conformément à l'article 227 CPP, dispose de toutes les voies de recours ouvertes contre un jugement principal. Au préalable, il peut recourir au Tribunal d'accusation contre le refus du juge instructeur d'admettre ses motifs d'opposition au séquestre [1]. Sous l'empire du code de 1940, le détenteur de l'objet à séquestrer devait tout d'abord provoquer une décision du magistrat sur ses motifs d'opposition, puis le cas échéant, recourir contre cette décision [2]. Actuellement, le recourant fait valoir ses motifs directement dans l'acte de recours au Tribunal d'accusation [3]. Le recours ayant pour effet de reporter la cause dans son entier devant le juge de seconde instance, la phase intermédiaire de la décision du juge informateur sur les motifs ne se justifiait pas.

[6] BGC 1966, p. 734. Exposé des motifs.

[7] Art. 183 CPC.

[8] Poudret, Wurzburger, *ad* art. 489 CPC (Principes), p. 276.

[1] Art. 298, *litt.* a CPP.

[2] Art. 136, al. 2 aCPP. TA 29.5.1964 (Tolmatchoff c. Kern). 4.11.1965 (Messinger c. Bolle).

[3] TA 25.2.1970 (Jordan et consorts). 17.4.1972 (Mehnert et consorts).

Le recours au Tribunal d'accusation est exclu lorsque l'ordonnance de séquestre est rendue au cours d'un complément d'enquête ou par le président dans la phase préliminaire aux débats, ou encore par le tribunal lui-même [4]. Le tiers paraît démuni, alors que les parties ont toujours la faculté de recourir contre le jugement principal. S'agit-il d'une intention délibérée du législateur ou au contraire d'une lacune de la loi ?

Le recours en réforme séparé est en tout cas exclu, l'article 420 CPP étant exhaustif [5]. De même le recours au Tribunal d'accusation est en principe réservé aux décisions du juge instructeur pendant l'enquête. En outre, l'article 389 alinéa 3 CPP prévoit que le complément d'enquête ordonné par le président n'emporte pas réouverture de l'enquête et les mesures prises par le juge instructeur à cette occasion ne sont pas sujettes à recours. La question a été posée lors d'une séance de la Commission du Grand Conseil, mais elle visait exclusivement le droit de recours de l'inculpé. Il a en effet été répondu que l'aggravation de l'inculpation ne serait, le cas échéant, prononcée qu'à l'audience de jugement [6]. Comme la décision de séquestrer un objet ne constitue pas un jugement principal, le tiers n'a aucun moyen de recours, contrairement à ce qui se passe en procédure civile. Cette différence ne se justifie pas et il nous paraît que le code de procédure pénale contient une lacune qu'il y a lieu de combler, pour éviter notamment que le maintien de secrets importants ne dépende que de l'appréciation d'un seul magistrat.

On pourrait envisager d'introduire un nouveau cas de recours en réforme séparé. Il serait toutefois plus judicieux d'ouvrir, à titre exceptionnel, la voie du recours au Tribunal d'accusation, comme c'est déjà le cas contre les décisions du président relatives à la défense du prévenu [7]. L'opposition au séquestre est en effet une difficulté de l'instruction, même si elle est tranchée par l'autorité de jugement ou lorsque celle-ci est saisie. Il est en outre très rare que l'autorité de jugement ordonne elle-même un séquestre, sans complément d'enquête. En revanche, les décisions susceptibles de recours en réforme séparé sont

[4] Art. 389, al. 3 CPP. Gilliéron, *ad* art. 223 CPP, rem. D, p. 133, *ad* art. 225 CPP, rem. D, p. 135. *ad* art. 313 CPP, rem. D, p. 195. *ad* art. 326 CPP, rem. D, p. 205. *ad* art. 356 CPP, rem. D, p. 356.

[5] BGC 1967, p. 939. Exposé des motifs.

[6] BGC 1967, p. 1079.

[7] Art. 295, *litt.* a CPP.

toutes rendues par le tribunal ou après le jugement. Il faudrait en conséquence compléter l'article 298 CPP en ce sens que le recours au Tribunal d'accusation serait ouvert « en tout état de cause ». L'article 389 alinéa 3 CPP relatif au complément d'enquête devrait également réserver cette disposition.

Le problème se pose dans les mêmes termes pour les décisions du juge à propos des mesures propres à sauvegarder les secrets contenus dans les pièces et documents séquestrés. Plus encore qu'en procédure civile, le droit de recours se justifie surtout en raison de la possibilité qu'a le juge de soustraire complètement la pièce à la connaissance des parties [8]. Dans le procès civil en effet, les passages servant à la preuve ne peuvent être cachés aux parties [9]. L'importance de cette mesure pour le maintien d'un secret est telle que le détenteur a un intérêt évident à recourir si le juge refuse de l'ordonner. Toutes les personnes intéressées à la sauvegarde du secret ayant le droit de demander au juge d'appliquer l'article 228 CPP, le droit de recours s'étend aussi aux tiers non détenteurs. L'extension du champ d'application de l'article 298 CPP que nous préconisons leur permettrait de recourir au Tribunal d'accusation, de quelque autorité qu'émane la décision.

Relevons que l'article 228 CPP prévoit que le juge rend une décision motivée. Il ne s'agit toutefois pas d'une décision distincte sur les motifs du requérant. Même non motivée, la décision du juge est directement susceptible de recours au Tribunal d'accusation.

§ 2. Les moyens de recours des parties

Section 1 *Introduction*

Le recours d'une partie contre les décisions relatives à la protection d'un secret doit être envisagé de deux manières différentes [1]. Lorsque le juge reconnaît à un témoin le droit de se taire ou au détenteur d'une pièce, tiers ou partie, celui de ne pas la produire, sa déci-

[8] Art. 228, al. 1 CPP
[9] Art. 183, al. 3 CPC *a contrario.*
[1] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 151.

sion a les mêmes conséquences pour les parties que le refus d'ordonner l'administration d'une preuve. Dans la mesure où l'autorité de recours peut revoir la décision et administrer la preuve en seconde instance, l'erreur du premier juge n'est pas irréparable.

En revanche, lorsque la preuve est rapportée contrairement à la loi formelle ou matérielle, la question se pose de savoir si le jugement peut valablement retenir les faits ainsi établis. On pourrait admettre que les faits prouvés doivent être mentionnés dans le jugement et que les règles sur les preuves ne sont que des prescriptions d'ordre dépourvues de sanction. La recherche de la vérité ne justifie pas le recours à n'importe quel moyen et les tribunaux doivent respecter aussi bien les règles de procédure que celles de fond. Mais la question est délicate, car lorsqu'une preuve est faite et que la loi interdit d'en tenir compte, le jugement rendu apparaît inéquitable. Sans traiter ici l'ensemble du problème, nous nous efforcerons de dégager quelques règles relatives aux témoignages et aux pièces recueillis en violation des règles sur la protection des secrets. Nous n'aborderons pas non plus la question de la responsabilité du témoin ou du détenteur de la pièce.

Aucune disposition générale ne résout à notre connaissance la question de l'influence sur le jugement civil ou pénal des preuves établies contrairement à la loi. Tout au plus certaines lois de procédure les sanctionnent-elles de nullité [2].

Il faut distinguer selon que la violation des règles formelles a ou non une influence sur le résultat de la preuve entreprise. Si la disposition n'est en effet ni destinée à interdire, ni propre à empêcher la recherche de la preuve, sa violation ne saurait en affecter la validité ni constituer un motif de recours.

Lors de l'audition des témoins, le juge doit-il informer les intéressés de leur droit de refuser de témoigner ? Pour Hauser, ce droit n'est pas respecté si le témoin n'est pas dûment averti par le juge. Certaines lois font de cet avertissement une condition de validité du témoignage [3]. Cette solution est excessive, car le juge ne connaît pas nécessairement tous les motifs de refus que peut avoir un témoin. Il faudrait dès lors donner connaissance à chaque témoin de toutes les dispositions sur l'obligation de renseigner la justice. Sauf disposition

[2] H. Walder, RPS 82 1966, p. 37.
[3] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 153.

contraire de la loi, l'avertissement au témoin est une simple prescription d'ordre [4]. La jurisprudence vaudoise considère comme valable le témoignage d'une personne qui aurait le droit de se taire, même si le président a omis d'attirer son attention sur ce point [5]. Il appartient au témoin, et non au juge, de faire valoir d'éventuels motifs de refus. A moins que la loi ne l'interdise [6], le témoignage est valable, sans égard à la responsabilité civile ou pénale encourue par le témoin [7]. En procédure vaudoise, un recours fondé sur la violation des articles 207 alinéa 2 CPC ou 197 CPP doit donc être rejeté.

En revanche, un jugement ne peut retenir une preuve interdite par la loi, le juge devant refuser de l'administrer [8]. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un témoignage obtenu en violation du droit de refuser de témoigner constituait un mode de preuve illicite et que les faits ainsi établis devaient être écartés [9]. Les parties ont donc le droit de recourir contre le jugement qui retiendrait des éléments de fait recueillis en violation du droit de refuser de témoigner ou de produire.

Section 2 *Les voies de recours en procédure civile*

A. *Contre le refus d'admettre un moyen de preuve*

Depuis l'entrée en vigueur du code de procédure civile de 1966, le juge dirige la procédure probatoire et l'appointement des preuves lui incombe [1]. C'est en principe à l'audience préliminaire que les parties font valoir leurs motifs d'opposition à la preuve de certains allégués ou à l'administration de certaines preuves. En procédure ordinaire, les conflits relatifs aux offres de preuves sont tranchés par l'ordonnance

[4] Voir notamment l'exposé des motifs de la PCF, FF 1947 I, p. 1027.
[5] Cass. 26.6.1950 (Martin).
[6] Voir Guldener, p. 362, n. 27 b.
[7] H. Walder, RPS 82 1966, p. 55.
[8] Hauser, *Der Zeugenbeweis*, p. 154 et les références, et RPS 88 1972, p. 130.
[9] RO 96 I (437) 441 (non rés. *in* JdT 1972 I 217).
[1] BGC 1966, p. 728. Exposé des motifs.

sur preuves [2]. Les conflits concernant l'audition d'un témoin ou la production d'une pièce ne peuvent donner lieu à un incident. Comme il n'y a pas de recours contre la décision du juge instructeur, les incidents relatifs aux modes de preuve, à la pertinence des allégués et aux moyens de preuve offerts échappent à la connaissance directe du Tribunal cantonal [3], du moins dans un recours en réforme et sous réserve de l'article 454 CPC. Cependant, lorsque le juge chargé de l'instruction rejette un moyen de preuve, la partie lésée n'est pas complètement démunie. Les remèdes sont au nombre de quatre, dont trois à la disposition des parties [4] :

— Les parties peuvent toujours requérir un complément d'instruction avant ou pendant les débats, c'est-à-dire l'administration de preuves régulièrement offertes, que le juge instructeur a écartées (article 291 CPC) ;

— même après la clôture des débats, le tribunal peut ordonner un complément de preuve et entendre le témoin ou ordonner la production d'une pièce refusés par le juge instructeur (article 299 CPC) ;

— saisi d'un recours en réforme, le Tribunal cantonal peut ordonner l'administration de preuves offertes par les parties et écartées tant par le juge instructeur que par le tribunal (article 454 CPC) ;

— enfin, lorsque la cause n'est pas susceptible de recours en réforme et que l'article 454 CPC n'est ainsi pas applicable, les parties peuvent recourir en nullité, à condition que le refus de la preuve offerte soit de nature à influer sur le jugement. Selon la Commission parlementaire [5], il s'agirait du recours en nullité de l'article 444 chiffre 3 CPC, pour violation des règles essentielles de la procédure, mais nous estimons avec Poudret et Wurzburger qu'il s'agit plutôt de celui de l'article 445 chiffre 2 CPC, pour rejet injustifié de conclusions incidentes. Les parties doivent en effet requérir l'application par le tribunal de l'article 291 CPC, si elles entendent se réserver la possibilité de recourir en nullité contre le jugement au fond. A défaut, elles sont

[2] Art. 145, al. 2 CPC.

[3] Poudret, Wurzburger, *ad* art. 145, al. 2 CPC, p. 96. Sous l'empire du CPC de 1911, la question de savoir si une personne déterminée pouvait être entendue comme témoin était considérée comme une difficulté sur l'admission du mode de preuve au sens de l'article 302, al. 2 aCPC, susceptible comme telle d'un recours suspensif au TC (note Charles Rathgeb, JdT 1969 III 56).

[4] Poudret, Wurzburger, *ad* art. 284 CPC, pp. 164/165.

[5] BGC 1966, p. 927.

censées avoir admis la décision du juge refusant d'ordonner l'administration de la preuve offerte. Selon l'article 145 alinéa 2 CPC, les conflits relatifs aux offres de preuves sont tranchés par l'ordonnance sur preuves et non pas voie incidente, mais l'article 291 CPC permet aux parties, et au tribunal, de remettre en question le refus du juge instructeur. Nécessairement postérieur à l'ordonnance sur preuves, un éventuel conflit relatif à l'application de cette disposition échappe à la règle particulière de l'article 145 alinéa 2. A ce stade, il doit être instruit et jugé en la forme incidente, bien qu'il concerne les offres de preuves.

En procédure accélérée, dans les procès de la compétence du président statuant en qualité de juge unique, l'instruction est orale à l'audience préliminaire [6]. Aux termes de l'article 339 alinéa 4 CPC, le président ordonne les preuves qu'il juge nécessaires et organise la procédure probatoire ; il ne rend pas d'ordonnance sur preuves. De même en procédure sommaire, le juge règle sommairement les difficultés qui peuvent s'élever à propos des preuves [7].

En cas de refus du juge d'ordonner l'administration d'une preuve, l'article 446 chiffre 3 CPC ouvre la voie du recours en nullité à condition que le jugement ne renferme pas un exposé des faits suffisant pour permettre au Tribunal cantonal de statuer sur un recours en réforme pour fausse application de la loi. Mais ce moyen, qui ne peut être invoqué indépendamment d'un recours en réforme, fait double emploi avec l'article 457 alinéa 3 CPC qui permet au Tribunal cantonal d'annuler d'office un jugement ne renfermant pas un exposé des faits suffisant pour qu'il puisse juger la cause à nouveau, sous la réserve que le dossier ne lui permette pas de combler cette lacune [8].

Dans les cas des articles 424 alinéa 2 et 356 CPC, qui reprend l'article 128 OJV, les jugements rendus par les juges de paix en la forme sommaire ne peuvent être l'objet d'aucun recours, sauf pour déni de justice. Lorsque le refus d'administrer une preuve paraît arbitraire, on peut se demander si l'irrégularité ne devrait pas plutôt être sanctionnée par le recours en nullité de l'article 444 alinéa 1 chiffre 3 CPC. Selon la jurisprudence en effet, le recours en nullité général est recevable contre les jugements rendus par le juge de paix en la forme sommaire ;

[6] Poudret, Wurzburger, *ad* art. 339 CPC, p. 196.
[7] Art. 352, al. 2 CPC.
[8] Bron, p. 27.

il doit être examiné sous l'angle de la nullité et non du déni de justice [9]. De même en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, la jurisprudence récente a admis la possibilité du recours en nullité aux conditions de l'article 444 CPC, contrairement à la lettre de l'article 369 CPC [10].

Lorsque la preuve par témoin est admise, mais que le juge ou le tribunal dispense l'intéressé de déposer sur un fait essentiel, les parties peuvent procéder par voie incidente. L'article 145 alinéa 2 CPC ne s'applique pas à l'administration des preuves, mais seulement aux offres de preuves. La décision sur le droit de refuser de témoigner est donc une mesure d'instruction au sens de l'article 144 CPC, qui peut faire l'objet d'un incident. En cas de rejet, le recours en nullité est ouvert contre le jugement au fond, selon les articles 445 chiffre 2 ou 446 chiffre 2 CPC [11].

Conformément à l'esprit du recours en nullité, ce moyen est subsidiaire. Lorsqu'un recours en réforme est possible, il appartient au Tribunal cantonal de réentendre le témoin, en application de l'article 454 CPC.

B. *Contre l'admission d'un moyen de preuve*

Lorsque le juge ordonne qu'une preuve soit rapportée malgré l'opposition d'une partie, il faut distinguer d'une part la production d'une pièce par la partie et d'autre part, le témoignage et la production par un tiers au procès.

1. La production d'une pièce par une partie

La partie opposée à la production d'une pièce requise doit faire valoir ses objections, de même que celles de tout intéressé [12], à l'au-

[9] Poudret, Wurzburger, *ad* art. 356 CPC, p. 203 et les références.
[10] Voir art. 401 *octies* aCPC ; JdT 1966 III 104.
[11] Poudret, Wurzburger, *ad* art. 199 CPC, p. 125.
[12] JdT 1960 III 127.

dience préliminaire, avant que ne soit rendue l'ordonnance sur preuves [13]. Si le juge ne les admet pas et que la partie qui détient la pièce refuse de s'incliner, l'exécution forcée peut être ordonnée conformément à l'article 182 CPC. L'ordonnance de production contre une partie est rendue, en procédure ordinaire, dans l'ordonnance sur preuves qui ne peut faire l'objet d'un recours. Il faut donc en déduire que la partie requise ne peut recourir contre l'exécution forcée, mais seulement contre le jugement au fond.

En raison du caractère irrémédiable de l'exécution forcée, il convient toutefois d'examiner si le recours prévu à l'article 230 alinéa 3 CPC, auquel renvoie l'article 182, ne serait pas ouvert également aux parties. Cette disposition permet en effet au tiers de recourir dans les dix jours au Tribunal cantonal par mémoire motivé contre l'ordonnance d'ouverture forcée prononcée contre lui en raison de son opposition à l'inspection des choses en sa possession ou à l'entrée dans ses locaux. L'application de cette disposition serait toutefois contraire à l'article 284 CPC qui interdit tout recours contre l'ordonnance sur preuves. En outre selon l'article 180 alinéa 2 CPC, seul le tiers peut recourir contre l'ordonnance de production. Cela tient à la systématique du nouveau code de procédure civile, qui a notamment pour but d'éviter que le juge ne soit paralysé par un recours suspensif ou au contraire par le scrupule de faire un tort irréparable à une partie en rejetant une offre de preuve [14]. Ce système n'est toutefois pas exempt de défauts : il vaut parfois mieux corriger immédiatement les erreurs commises dans l'application de la loi formelle, notamment lorsque cette erreur met en péril les intérêts civilement protégés des parties. En outre, il n'est guère satisfaisant d'écarter en seconde instance des faits établis contrairement aux droits des parties par le premier juge. C'est pourtant la solution qui prévaut actuellement.

Le moyen ordinaire à la disposition de la partie contrainte de produire une pièce en violation de son droit de refus est le recours en réforme au Tribunal cantonal. L'état de fait d'un jugement ne devant contenir que les éléments admis par les parties ou établis en conformité des règles sur les preuves [15], les juges de seconde instance de-

[13] Poudret, Wurzburger, *ad* art. 179 CPC, p. 115.
[14] BGC 1966, p. 728. Exposé des motifs.
[15] Art. 4 CPC.

vront écarter les allégués dont la preuve aurait échoué si ces règles avaient été respectées.

Lorsque le recours en réforme est exclu, le recours en nullité de l'article 444 chiffre 3 CPC paraît ouvert, à moins que la pièce produite en violation du droit de refus de la partie n'ait pas été de nature à influer sur le jugement.

2. La production d'une pièce par un tiers

Le tiers requis de produire une pièce peut recourir dans les dix jours au Tribunal cantonal contre l'ordonnance du juge [16]. Il n'a aucune sanction à redouter avant d'avoir exercé son droit de recours et c'est à lui seul qu'incombe la responsabilité de faire valoir en seconde instance les motifs qui le poussent à refuser la production de la pièce qu'il détient [17]. S'il ne le fait pas et remet la pièce au juge, les parties ne peuvent l'en empêcher, sur le plan de la procédure.

3. Le témoignage

La décision du juge instructeur ordonnant l'audition d'un témoin n'a pas les mêmes conséquences qu'une ordonnance de production de pièces. L'exécution forcée est exclue puisque le témoin ne fait valoir ses motifs de dispense qu'au moment où il est entendu [18]. Le problème se pose quand le juge conteste à tort au témoin le droit de se taire. L'exposé des motifs du code de procédure civile de 1966 affirme qu'il n'y a pas de recours des parties si le juge a contesté le droit au secret et que le témoin, s'inclinant devant la décision du juge, a déposé [19]. En effet, est-il précisé, une telle déposition ne peut léser aucun intérêt légitime d'une partie du point de vue de la procédure civile. C'est uniquement par les voies du droit privé ou administratif que la partie, qui s'estime lésée par la révélation de faits personnels, fera

[16] Art. 180, al. 2 CPC.
[17] Voir *supra*, p. 193.
[18] Art. 189 CPC.
[19] BGC 1966, p. 722. Exposé des motifs.

valoir ses droits. Ce raisonnement est erroné, car si le juge s'est trompé, le témoignage viole les règles sur le droit de refuser de témoigner ; il est nul. Il importe dès lors que l'autorité de recours revoie l'application de ces règles.

Si le témoin a résisté à la décision du juge et s'est vu condamner à une amende, son droit de recours ne concerne pas les parties. En revanche, s'il s'est incliné et a déposé, il y a violation d'une règle essentielle de la procédure au détriment des parties ou de l'une d'entre elles. Elles ont, selon nous, la faculté de prendre des conclusions incidentes contre la décision de refus du droit de ne pas déposer, ce qui ouvre, en cas de rejet, la voie du recours en nullité des articles 445 chiffre 2 ou 446 chiffre 2 CPC.

Le recours en réforme sera en revanche presque toujours exclu. Le Tribunal cantonal doit en effet tenir pour constants les faits tels qu'ils ont été constatés par le jugement rendu par un président statuant en qualité de juge unique ou par un juge de paix, sauf contradiction avec les pièces du dossier [20]. Les faits rapportés par des témoins et retenus par le juge sont énoncés dans le jugement sans que le Tribunal cantonal puisse savoir comment ils ont été établis [21]. En procédure ordinaire, le caractère définitif des solutions testimoniales [22] exclut également la voie de la réforme. L'article 454 CPC ne permet l'audition d'un témoin en seconde instance que lorsqu'une solution testimoniale négative a été rendue et que le témoin, dont l'audition avait été régulièrement offerte, n'a pas été entendu par le premier juge [23]. Enfin, il n'y a en principe pas de recours en réforme contre les jugements de la Cour civile [24]. Toutefois, dans les cas prévus aux articles 55 à 57 de la loi d'organisation judiciaire, un recours en réforme est possible sur la base du procès-verbal d'audition des témoins. Le Tribunal cantonal écartera le témoignage recueilli en violation du droit du témoin de ne pas répondre, comme s'il s'agissait d'une pièce dont le premier juge aurait ordonné à tort la production par une partie.

Relevons pour terminer que le législateur aurait pu conférer au témoin le droit de recourir directement contre la décision du juge, préa-

[20] Art. 457, al. 1 CPC.
[21] Bron, p. 40.
[22] Art. 452, al. 2 CPC et le commentaire de Poudret, Wurzburger, p. 257.
[23] Voir Bron, p. 65.
[24] Art. 451, ch. 1 CPC.

lablement à toute condamnation. Cette solution, adoptée en matière d'ordonnance de production de pièces, conviendrait mal en l'occurence. Elle aurait en effet pour conséquence de prolonger la durée des procès, chaque fois que le témoin recourant a été entendu à l'audience de jugement, soit dans la majorité des causes de la compétence des tribunaux de districts, des présidents et des juges de paix. De tels recours seraient en outre vraisemblablement plus fréquents que ceux des parties contre les jugements au fond.

Section 3 *Les voies de recours en procédure pénale*

A. *Le recours au Tribunal d'accusation*

Pendant l'enquête, les parties n'ont pas de recours contre les décisions du juge informateur relatives au droit de refuser de témoigner. Si le juge oblige à tort, sous la menace d'une sanction, un témoin tenu par un devoir de discrétion à déposer, le recours au Tribunal d'accusation n'est pas ouvert [1]. En revanche, lorsque le juge considère à tort qu'un témoin n'est pas tenu de parler en application de l'article 196 CPP, les parties peuvent recourir contre l'ordonnance de renvoi ou de non-lieu conformément à l'article 294 lettre e CPP, en alléguant que l'enquête n'est pas complète. Le Ministère public a en outre la faculté de requérir un complèment d'enquête selon l'article 281 CPP et, en cas de rejet [2], de recourir au Tribunal d'accusation [3]. Si le recours aboutit, le juge informateur devra entendre le témoin. Cette disposition a été introduite pour le cas où l'enquête paraît d'emblée insuffisante et où l'on ne se trouve cependant pas dans un cas de recours au Tribunal d'accusation contre l'ordonnance de renvoi ou lorsqu'un tel recours paraît inopportun [4]. Le cas échéant, l'ordonnance de renvoi devient caduque et les parties sont replacées dans la situation où elles se trouvaient avant le prononcé de l'ordonnance. Les parties, notamment l'inculpé, sont ainsi en droit de requérir de nouvelles mesures d'instruction, alors même

1 Les parties n'assistent en principe pas aux auditions (art. 191 CPP).
2 La décision de rejet doit être motivée.
3 Art. 297 CPP.
4 BGC 1967, p. 934. Exposé des motifs.

qu'elles n'auraient pas recouru contre l'ordonnance de renvoi ni fait valoir que l'enquête fût incomplète [5].

En matière de séquestre, les parties ont, au même titre que le détenteur de l'objet, le droit de recourir au Tribunal d'accusation contre les décisions du juge informateur [6]. Cette disposition est surprenante, puisque seul le détenteur est habilité à s'opposer au séquestre. L'existence d'un moyen de recours confirme que les règles sur la protection des secrets visent non seulement le détenteur de l'objet séquestré, mais aussi la partie intéressée. Ainsi, le Tribunal d'accusation a jugé qu'il n'était pas admissible qu'un séquestre porte à la connaissance du juge des pièces relevant du secret professionnel d'un avocat [7]. Il est dès lors exclu qu'une visite domiciliaire soit ordonnée chez un confident qualifié à la seule fin de découvrir des preuves. Les parties comme l'intéressé ont le pouvoir de s'y opposer et, si le séquestre est déjà opéré, de faire retrancher les pièces du dossier.

Rappelons enfin que le recours au Tribunal d'accusation prévu à l'article 298 CPP devrait être ouvert en tout état de cause contre les décisions relatives au séquestre ou aux mesures à prendre pour préserver un secret [8].

B. *Le recours à la Cour de cassation*

Une fois l'enquête terminée et le dossier en main de l'autorité de jugement, le recours au Tribunal d'accusation est exceptionnel. Lorsque la loi ne le réserve pas, les décisions du président ou du tribunal ne sont pas susceptibles de recours séparément du fond.

A l'exception du séquestre refusé par le Tribunal d'accusation pendant la phase de l'enquête, les parties ont le droit de requérir toutes mesures d'instruction, notamment l'audition de témoins ou la production de pièces pendant la phase des opérations préliminaires aux débats [9]. En cas de refus, quel qu'en soit le motif, la partie peut renouveler sa réquisition aux débats par voie incidente [10]. Le refus par le juge d'assi-

[5] TA, 19.1.1970 (Massera) rés. *in* JdT 1970 III 109 et 1972 III 93.
[6] Art. 298, *litt.* a CPP.
[7] TA 25.2.1970 (Jordan et consorts).
[8] Voir *supra*, p. 196.
[9] Cass. 10.6.1946 (Simonin).
[10] Art. 327 CPP.

gner ou d'entendre un témoin [11] ou son opposition à la production d'une pièce [12] permettent de recourir en nullité selon l'article 411 lettre f CPP. De même, les parties peuvent prendre des conclusions incidentes lorsque le tribunal ne reconnaît pas à un témoin ou à un détenteur de pièces le droit de refuser de témoigner ou de s'opposer au séquestre. En cas de rejet injustifié, la Cour de cassation prononce la nullité du jugement.

En vertu du principe cardinal de la procédure vaudoise, selon lequel le juge de première instance établit souverainement les faits en appréciant tous les éléments d'instruction réunis en cours d'enquête et lors des débats [13], la réforme du jugement nous paraît exclue. La Cour de cassation ne saurait en effet modifier l'état de fait en supprimant les éléments établis contrairement à la loi. Selon la dernière jurisprudence, elle ne doit pas non plus introduire de faits nouveaux établis par des pièces produites en seconde instance, fût-ce à l'appui d'un recours en nullité [14]. Le renvoi de la cause à un autre tribunal de première instance en application de l'article 443 CPP s'impose.

La partie qui néglige de prendre des conclusions incidentes n'est pas pour autant privée de toutes voies de recours. En pareil cas l'article 411 lettre g CPP s'applique, le jugement devant être annulé pour violation d'une « autre règle essentielle de procédure », si cette violation a été de nature à influer sur la décision attaquée. Le Tribunal cantonal l'a admis et a considéré notamment que le refus arbitraire d'assigner des témoins constituait un motif de nullité au sens de cette disposition [15]. Cette dérogation à l'obligation de procéder par voie incidente nous paraît indispensable lorsque la partie intéressée n'est pas assistée.

Section 4 *Les recours au Tribunal fédéral*

A. *Généralités*

Après l'étude des voies de recours cantonales contre les décisions des juges de première instance en matière d'obligation de témoigner et de produire des pièces, il convient d'examiner très brièvement à quelles

[11] Cass. 4.7.1960 (Masson et consorts).
[12] JdT 1961 III (78) 79.
[13] Cass. 17.6.1968 (Alessio) et 8.7.1968 (Schagene-Kyburz).
[14] JdT 1962 III (83) 85. *Contra* : JdT 1961 III 79 ; JdT 1958 III 59.
[15] Cass. 21.10.1957 (Neuenschwander), rés. *in* JdT 1959 III 60.

conditions les arrêts du Tribunal cantonal peuvent être déférés à notre Cour suprême. Quatre moyens sont à envisager : en procédure civile, le recours en réforme [1] ou en nullité [2] ; en procédure pénale, le pourvoi en nullité à la Cour de cassation [3] et enfin, dans les deux cas, le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels [4]. Nous les examinerons l'un après l'autre en signalant contre quelles décisions ils sont recevables.

B. *Le recours en réforme et le recours en nullité*

Le recours en réforme au Tribunal fédéral est la principale voie de droit par laquelle notre Cour suprême veille à l'application uniforme du droit privé fédéral, ainsi qu'au maintien de la force dérogatoire du droit fédéral[5]. Diverses conditions doivent être réunies pour que ce recours soit ouvert, mais il n'est pas dans notre propos de les étudier en détail. Il suffit dès lors de rappeler les principes suivants : le recours en réforme n'est recevable que dans les contestations civiles [6], par opposition aux causes qui appellent l'application du droit public. Sous réserve des cas prévus à l'article 45 OJF, le recours n'est recevable dans les contestations civiles portant sur des droits de nature pécuniaire que si la valeur litigieuse atteint huit mille francs. Exception faite des cas prévus aux articles 49 et 50 OJF, le recours n'est admissible qu'à l'encontre des décisions cantonales finales [7]. Enfin, les actes de recours doivent respecter certaines prescriptions de forme [8].

Sauf dans le cas de l'article 65 OJF, l'application du droit cantonal, en particulier des règles de procédure, échappe au pouvoir de révision du Tribunal fédéral sous réserve d'un recours de droit public. En revanche, l'application des principes du droit fédéral en matière de

[1] Art. 43 ss OJF.
[2] Art. 68 ss OJF.
[3] Art. 268 ss PPF.
[4] Art. 84, al. 1, *litt.* a OJF.
[5] Gilliéron, thèse, p. 148.
[6] Art. 44 OJF.
[7] Art. 48 OJF.
[8] Art. 55 OJF ; voir Wurzburger, p. 77.

preuve peut faire l'objet d'un recours en réforme conformément à l'article 43 alinéa 3 OJF. C'est notamment le cas du droit à la preuve que la jurisprudence a déduit de l'article 8 du Code civil [9] ainsi que de toutes les autres règles de preuve résultant du droit matériel, voire de la jurisprudence fédérale [10].

Le Tribunal fédéral est en principe lié par les constatations de fait de l'autorité cantonale et ne revoit que les questions de droit. Mais le caractère définitif de l'état de fait tombe si celui-ci résulte d'une violation des principes du droit fédéral en matière de preuves, s'il repose sur une inadvertance manifeste ou si les constatations des juges cantonaux sont reconnues arbitraires [11]. Libre de refuser l'administration de preuves qui se révèlent inutiles ou qui ne sont de toute façon pas concluantes [12], le juge cantonal ne saurait valablement priver une partie de son droit à la preuve par une application erronée de la loi de procédure. Le refus d'ordonner l'audition d'un médecin délié du secret professionnel en qualité de témoin, pour être entendu sur le contenu d'un certificat médical établi par lui, n'est pas admissible en regard de l'article 8 CC [13]. De même, d'une manière générale, lorsqu'un tiers est à tort dispensé de témoigner ou de produire une pièce, la partie lésée a la faculté de se pourvoir en réforme au Tribunal fédéral, si les autres conditions sont remplies.

Si le recours en réforme est admis, le Tribunal fédéral annule la décision critiquée et renvoie la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle complète l'administration des preuves et rende une nouvelle décision [14]. En revanche, lorsque le recourant invoque une violation du seul droit cantonal, notamment de procédure, ce grief ne peut faire l'objet que d'un recours de droit public.

Dans les affaires civiles qui ne peuvent être l'objet de recours en réforme en vertu des articles 44 à 46 OJF, le recours en nullité contre

[9] Wurzburger, p. 102 texte et n. 93.

[10] Voir Guldener, RDS 80 1961 II, pp. 48 ss. Voyame, pp. 151 ss. RO 90 II (467) 469 = JdT 1965 I (322) 323/324 (obligation de produire déduite de l'art. 205 CC); RO 90 II (365) 372 = JdT 1965 I (325) 330 (*idem* art. 610 CC); RO 99 I a (407) 410 et les références (non traduit; droit à l'expertise du défendeur à l'action en paternité).

[11] Gilliéron, thèse, pp. 148/149.

[12] RO 98 II (73) 86 = JdT 1973 I (229) 242. Wurzburger, p. 102.

[13] RO 97 II (369) 370 = JdT 1972 I (579) 580/581.

[14] Art. 64 OJF.

les décisions de la dernière juridiction cantonale est recevable lorsque celle-ci a appliqué le droit cantonal (ou étranger) à la place du droit fédéral déterminant [15]. Ce serait notamment le cas si le juge cantonal omettait d'appliquer l'article 963 CO qui prime toute disposition cantonale plus restrictive [16], lorsque les conditions sont remplies. Ce moyen devrait toutefois être exceptionnel contre des jugements vaudois, le code de procédure civile réservant expressément le cas de l'article 963 CO.

C. *Le pourvoi en nullité*

Ce moyen n'est recevable que pour violation du droit fédéral [17] et ne peut avoir pour objet qu'une décision de la dernière juridiction cantonale [18]. Le recourant n'est pas habilité à présenter des griefs contre les constatations de fait, ni des faits, exceptions, dénégations, moyens de preuve nouveaux, ni d'observations sur la violation du droit cantonal [19].

Les violations de dispositions fédérales [20], de procédure notamment, à l'exclusion des violations des règles cantonales [21], justifient l'admission d'un pourvoi en nullité. En matière de preuves, l'article 249 PPF est la seule disposition dont l'application soit susceptible d'être revue dans un pourvoi en nullité. Il a notamment été jugé [22] que l'obligation d'apprécier librement les preuves en procédure pénale empêchait seulement le juge, dans l'examen et l'appréciation des preuves, d'obéir à des règles légales excluant une telle appréciation. Cette règle ne concerne pas les restrictions apportées à certains modes de preuve pour sauvegarder des intérêts publics ou privés dignes de protection. Le refus du juge cantonal d'entendre un témoin ou de séquestrer un document pour conserver un secret ne viole pas l'article 249 PPF et n'ouvre dès lors pas la voie du recours en nullité [23].

[15] Art. 68, al. 1, *litt.* a OJF.
[16] Voir *supra*, pp. 178 ss, notamment p. 182.
[17] Art. 269, al. 1 PPF.
[18] Art. 268 PPF.
[19] Gilliéron, thèse, p. 143.
[20] RO 68 IV (155) 156.
[21] RO 76 IV 201. RO 79 IV (35) 37 = JdT 1953 IV 160 (non rés. sur ce point). RO 86 IV (222) 226 = JdT 1960 IV (90) 93. RO 98 IV (212) 215 = JdT 1973 IV (81) 84. RO 98 IV (141) 142, en haut = JdT 1973 IV (59) 60.
[22] RO 97 IV (229) 232 = JdT 1972 IV (91) 93.
[23] Voir également : RO 97 I 217 = JdT 1972 IV 93. RO 84 IV 171 = JdT 1958 I 155 (cas d'une disposition cantonale contraire à l'article 249 PPF). Rehberg, p. 361.

D. *Le recours de droit public*

La mission première du Tribunal fédéral est de veiller à l'application uniforme du droit fédéral ; l'application du droit cantonal échappe en principe à son pouvoir de révision. Le recours de droit public pour violation de l'article 4 Cst. ou d'autres droits constitutionnels garantit toutefois les justiciables contre les lois ou les décisions cantonales contraires à la Constitution [24]. Il constitue le principal moyen de recours contre les décisions rendues en application des règles cantonales, en particulier de procédure.

Selon l'article 84 alinéa 2 OJF, le recours de droit public est un moyen subsidiaire. Il n'est recevable que si la violation ne peut pas être soumise par une action ou un autre moyen de droit quelconque au Tribunal fédéral ou à une autre autorité fédérale [25]. Sous réserve des cas énumérés à l'article 86 alinéa 2 OJF, le recourant doit au préalable avoir épuisé les moyens de droit cantonal. Il doit nécessairement invoquer la violation d'un droit constitutionnel. Dans la plupart des cas, ce droit sera l'un de ceux qui découlent de l'article 4 Cst. : l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire. Fondé sur une violation de cette disposition essentielle de notre ordre juridique, le recours n'est recevable, aux termes de l'article 87 OJF, qu'à l'encontre d'une décision finale prise en dernière instance. Constitue une telle décision, au sens de la jurisprudence [26], celle qui termine définitivement la procédure devant l'autorité de dernière instance saisie [27]. Le recours n'est recevable contre des décisions incidentes prises en dernière instance que s'il en résulte un dommage irréparable pour l'intéressé. Enfin le recours de droit public est recevable pour violation de l'article 2 des Dispositions transitoires [28], à condition que le recours en réforme ou en nullité soit exclu.

[24] Knapp, p. 211.

[25] Art. 84, al. 2 OJF.

[26] RO 97 I (209)212 = JdT 1971 I (624) 625 (rés.). RO 98 I a (441) 443 = JdT 1974 I 631 (rés.).

[27] La jurisprudence récente a distingué la décision finale au sens de l'article 87 OJF de celle prévue à l'article 48 OJF comme condition du recours en réforme. Une décision finale au sens de cette dernière disposition est celle qui statue définitivement sur l'ensemble du litige (RO 100 II (427) 429, non traduit). Dès lors, si le droit litigieux peut faire l'objet d'une nouvelle procédure, il n'y a pas décision finale (RO 97 II (185) 187 = JdT 1972 I 649 rés.).

[28] J. F. Aubert, t. 1, nº 668, p. 255. Voir RO 91 I (200) 202 c. 1 = JdT 1966 I (295) 297 (trop brièvement résumé).

Le recours de droit public est ouvert aux tiers condamnés pour refus de témoigner ou de se dessaisir d'un objet séquestré. Il l'est aussi contre l'arrêt confirmant une ordonnance de production ou statuant sur une requête de mesures propres à sauvegarder un secret. Le refus injustifié du Tribunal d'accusation d'admettre l'opposition à un séquestre, de même que la décision du juge instructeur, du président ou du tribunal de première instance, lorsque le code de procédure pénale ne prévoit pas de recours interne [29], ouvrent également la voie du recours de droit public.

Pour les parties, il convient de distinguer deux sortes de décisions. En matière civile, le refus d'un moyen de preuve par le juge permet à la partie lésée de recourir en réforme contre le jugement au fond pour violation de l'article 8 CC, si les autres conditions sont remplies. Dans tous les autres cas de refus, notamment dans un procès pénal, l'octroi injustifié du droit de refuser de témoigner ou de produire, ou le refus d'ordonner l'administration d'une preuve, notamment pour sauvegarder un secret, doivent faire l'objet d'un recours de droit public contre le jugement au fond [30]. Jusque-là en effet, le dommage n'est pas irréparable au sens de l'article 87 OJF. Un jugement favorable au recourant le ferait entièrement disparaître [31]. Le recours direct contre la décision incidente est dès lors exclu.

En revanche, les décisions incidentes violant le droit des parties de refuser de produire une pièce ou de s'opposer à un séquestre sont susceptibles d'être déférées immédiatement au Tribunal fédéral. La violation d'un secret ou d'un devoir de discrétion risque en effet d'entraîner un dommage qu'une décision finale favorable à la partie lésée ne saurait réparer, en cas de violation d'un secret de fabrication par exemple.

La violation de l'interdiction d'utiliser des preuves obtenues de manière illégale justifie en outre un recours de droit public contre la décision finale [32]. C'est le cas lorsqu'un tiers est contraint à tort de déposer ou de produire une pièce.

Le Tribunal fédéral examine sous l'angle de l'arbitraire si la décision attaquée est conforme à la loi cantonale, à moins que le recourant

[29] Voir *supra*, p. 195.
[30] Voir notamment RO 101 I a (102) 104 ; 101 I a (169) 170.
[31] Bonnard, p. 415.
[32] RO 96 I (437) 441 = JdT 1972 I (217) 218 (rés.).

n'invoque l'article 2 des Dispositions transitoires. L'application erronée d'une disposition cantonale compatible avec le droit matériel entraînera l'annulation du jugement sur la base de l'article 4 de la Constitution [33].

[33] Voir RO 91 I 200 = JdT 1966 I 295, relatif à un cas d'application de l'article 90 du code grison de procédure pénale, développé *supra*, 2e partie, chap. I, pp. 74/75.

CONCLUSION

Parvenu au terme de notre étude, il nous faut résumer les principales conclusions auxquelles nous avons abouti.

Libres en principe de régler comme bon leur semble les questions de procédure civile et pénale, notamment l'obligation de témoigner et de produire des pièces, les cantons ne sauraient ignorer les exigences du droit fédéral, dont ils doivent au contraire favoriser l'application. Le droit matériel impose certains devoirs de discrétion qui l'emportent parfois sur l'obligation de renseigner la justice, même en l'absence de toute règle à cet égard.

Le secret professionnel, devoir de discrétion des confidents qualifiés dont la liste figure à l'article 321 du Code pénal, constitue de plein droit un motif de refuser de témoigner. Le secret est absolu : même valablement délié de son devoir de discrétion, le confident n'est pas tenu de révéler au juge ce qu'il a appris en vertu ou dans l'exercice de sa profession, à moins qu'une disposition expresse de la loi de procédure ne le commande. A ce défaut, nul ne peut l'y contraindre. Le juge doit se borner à examiner si le témoin ou le détenteur de la pièce requise est habilité en l'espèce à invoquer le secret professionnel. La tendance actuelle confère à juste titre aux confidents qualifiés la « maîtrise du secret » et il se justifierait que les cantons renoncent, à l'instar du canton de Vaud, à déroger à cette règle comme l'autorise la réserve de l'article 321 chiffre 3 CP. En revanche, le législateur fédéral serait bien inspiré de reconsidérer la liste des professions astreintes au secret professionnel et d'y inclure celles dont l'exercice implique également des confidences dites nécessaires. Nous pensons en particulier aux experts-comptables et aux chiropraticiens.

Les autres confidents, occasionnels ou par profession, ne sont pas les maîtres des secrets qu'on leur confie. Lorsque la loi de procédure applicable ne les dispense pas de témoigner ou de produire, ils ne peuvent refuser de le faire que dans la mesure où l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur celui à la preuve. A cet égard, le banquier est un confident ordinaire. Bien que l'article 47 chiffre 4 de la loi sur les banques ait été calqué sur l'article 321 chiffre 3 CP, le secret bancaire n'est pas absolu. Il ne serait d'ailleurs ni justifié ni opportun d'ajouter le banquier à la liste des confidents qualifiés et de le soustraire ainsi à l'obligation de témoigner, notamment dans les procès pénaux. Telle n'était pas l'intention du législateur qui a modifié récemment la loi sur les banques. Il en va de même de tous les secrets privés, en particulier économiques, du témoin ou du détenteur de la pièce requise.

Depuis de nombreuses années, le canton de Vaud a consacré le secret professionnel absolu dans les lois régissant l'exercice de certaines professions sur son territoire. Il se devait dès lors d'adapter les dispositions relatives à l'obligation de témoigner et de produire des pièces lors de la révision des codes de procédure civile en 1966, et pénale en 1967. En procédure civile, le législateur a choisi d'énumérer les confidents qualifiés dispensés de témoigner en toutes circonstances. L'article 198 alinéa 2 CPC n'est toutefois pas exhaustif. En procédure pénale en revanche, la solution retenue est originale et nous paraît mieux adaptée au but d'une loi formelle : le témoignage est obligatoire, à moins que ne l'exclue la loi qui impose au témoin un devoir de discrétion.

Pour les autres détenteurs d'un secret, la situation est moins claire. En procédure civile, les secrets de profession constituent des motifs de dispense de témoigner et de produire des pièces, si le confident n'en a pas été délié et si le juge admet que le témoin est habilité, en l'espèce, à invoquer son devoir de discrétion. A cet égard, relevons le manque de systématique du code de procédure civile qui a réuni sous une même disposition, l'article 199 CPC, deux décisions de portée très différente. En matière de secret professionnel en effet, le juge doit uniquement examiner si le témoin est un confident qualifié, alors qu'il doit procéder à une pesée d'intérêts lorsque le témoin invoque une autre devoir de discrétion. Il eût dès lors été préférable de consacrer à chaque cas une disposition comprenant le motif de dispense et l'étendue du pouvoir d'examen du juge. En outre, la différence entre les articles 199 et 200 CPC d'une part et 178 alinéa 2 et 201 CPC d'autre part n'est pas justi-

fiée. Il conviendrait que le juge soit habilité à apprécier chaque motif de dispense fondé sur la nécessité de sauvegarder un secret non absolu.

La procédure pénale ne dispense pas expressément les témoins de révéler des secrets non professionnels. Le juge devra néanmoins admettre le refus de parler d'un témoin dans les rares cas où la nécessité de préserver un secret privé l'emporte sur l'intérêt à la poursuite pénale.

Toutes les décisions des juges civils de première instance relatives au conflit entre un devoir de discrétion et l'obligation de témoigner ou de produire sont sujettes à recours au Tribunal cantonal. L'absence de recours contre l'ordonnance sur preuves présente toutefois l'inconvénient d'obliger la partie qui détient une pièce, dont elle estime avoir le droit de refuser la production, à la produire tout de même, quitte à recourir ensuite contre le jugement au fond. Le recours de droit public immédiat au Tribunal fédéral est cependant ouvert, dans la mesure où l'exécution forcée de l'ordonnance de production risque d'entraîner un dommage irréparable pour la partie intimée. En outre, contrairement à l'opinion exprimée dans l'exposé des motifs, le recours en nullité est ouvert aux conditions des articles 445 chiffre 2 ou 446 chiffre 2 CPC si le juge a dénié à un témoin le droit au secret et si le témoin a déposé.

En procédure pénale, l'absence d'une voie de recours cantonale contre la décision rejetant une opposition au séquestre ou une requête de mesures de sauvegarde d'un secret rendue postérieurement au renvoi à l'autorité de jugement nous paraît constituer une lacune. Il conviendrait d'autoriser les parties et le détenteur d'une pièce ou d'un objet séquestrés à recourir en tout état de cause au Tribunal d'accusation en application de l'article 298 CPP.

En conclusion, nous pensons que la compétence de légiférer en matière de procédure, garantie aux cantons par les articles 64 et 64 bis de la Constitution, n'est pas un obstacle à une solution satisfaisante des conflits entre la nécessité de sauvegarder les secrets privés et l'obligation de renseigner la justice. Les dispositions vaudoises que nous avons étudiées en fournissent la preuve. Le Tribunal fédéral ne manquerait d'ailleurs pas d'annuler toute décision prise en application d'une règle de procédure contraire au droit matériel, pour violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral. En outre, l'article 4 Cst. garantit les justiciables contre l'application arbitraire des dispositions cantonales. L'unification de la procédure au plan fédéral, même limitée aux dispo-

sitions sur l'obligation de témoigner et de produire des pièces, ne se justifie pas. Le législateur fédéral l'a reconnu en réservant expressément le droit des cantons de déroger même au secret professionnel, devoir de discrétion le plus étendu.

BIBLIOGRAPHIE

Remarque : Sauf indication contraire, tous les ouvrages ci-dessous sont cités dans le texte par le nom de l'auteur, suivi le cas échéant de l'indication du périodique.

AMMANN Gustav : *Die Pflicht zur Edition von Urkunden und das Verfahren nach schweizerischem Zivilprozessrecht.* Thèse, Zurich 1931.

AUBERT Jean-François : *Traité de droit constitutionnel suisse.* 2 volumes, Paris-Neuchâtel 1967.

AUBERT Maurice : *Portée du secret des banques envers le pouvoir judiciaire.* SJ 1967, pp. 609-652.

— *Le secret professionnel du banquier.* FJS 69 (31. 12.1970) et 69 a (1.8.1971).

— *Le secret des banques et l'entraide judiciaire.* RPS 87 1971, pp. 113-143.

— *Le secret bancaire, la Suisse et les autres Etats.* Genève 1975. *Cité* : *Le secret bancaire.*

BALMER Fritz : *Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht.* RDS 88 1969 II, pp. 293-466.

BLASS Heinz Walter : *Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte.* Thèse, Zurich 1944. *Cité* : thèse.

— *Ältere und neuere Probleme der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses.* RSJ 62 1966, pp. 337-343.

BONNARD Claude : *Problèmes relatifs au recours de droit public.* RDS 81 1962 II, pp. 381-511.

BRAUN Kurt: *Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter.* Zeitschrift für öffentliche Fürsorge 72, 1975, pp. 81-88.

BRIDEL Marcel : *Précis de droit constitutionnel et public suisse.* Lausanne, t. I 1965 et t. II 1959.

BRON Jacques-Henri : *Le contrôle du fait par l'autorité de recours en procédure civile vaudoise.* Thèse, Lausanne 1974.

BÜHLER Walter: *Das Ehescheidungsverfahren.* RDS 74 1955 II, pp. 301 a-452 a.

BURCKHARDT Walter : *Schweizerisches Bundesrecht.* 5 volumes, Frauenfeld 1930-1932.

BÜREN René von : *Kommentar zum Bundesgesetz über dem unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943.* Zurich 1945.

BÜRGI F. Wolfhart : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil : die Aktiengesellschaft* b/2. Zurich 1969.

BURNAND Yves : *Banques de données électroniques et droit de l'information.* Thèse, Lausanne 1974.

BUSSY André, RUSCONI Baptiste : *Code suisse de la circulation routière annoté.* Lausanne 1972.

CAPITAINE Georges : *La question du secret des banques en droit suisse.* Thèse, Genève 1933. *Cité* : thèse.

— *Le secret professionnel du banquier en droit suisse et en droit comparé.* Genève 1936. *Cité* : *Le secret professionnel du banquier.*

— *Le secret professionnel du banquier. In* Droit et Vérité, Mémoires de la faculté de droit de Genève N° 5, pp. 32-45. Genève 1946. *Cité* : Droit et Vérité.

CAVIN Pierre : *Droit pénal fédéral et procédures cantonales.* RDS 65 1946, pp. 1 a-60 a.

CHAULMONTET Philippe : *Contribution à l'étude de la profession d'avocat.* Thèse, Lausanne 1970.

CHEVASSU Jacques : *Le refus des éducateurs de témoigner en justice.* Recueil Dalloz-Sirey 1973, Chroniques, pp. 227-238.

COMTESSE Frédéric-Henri : *Begriff und Schutz des Geheimnisses im schweizerischen Strafgesetzbuch.* RPS 56 1942, pp. 257-269.

— *Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht.* RDS 65 1946, pp. 61 a-144 a.

CORNAZ Olivier : *Faux témoignage.* FJS 1012 (1.9.1959).

DAGON Roger : *Berufs-, Bankgeheimnis und Fiskus.* RSJ 69 1973, pp. 1-7.

DELACHAUX François : *Le secret professionnel du banquier en droit suisse.* Thèse, Neuchâtel 1939. *Cité* : thèse.

— *Le problème du secret bancaire.* Revue économique et sociale 1972, pp. 331-335. *Cité* : *Le problème du secret bancaire.*

DEROBERT Léon : *Droit médical et déontologie médicale.* Paris 1974.

EGGER August : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung und Personenrecht.* Zurich 1930.

— *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band, Familienrecht, I. Abteilung, das Eherecht.* Zurich 1936.

EICHENBERGER Kurt : *Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht.* RDS 88 1969 II, pp. 467-512.

ENGEL Pierre : *Traité des Obligations en droit suisse.* Neuchâtel 1973.

FREY Erwin R. : *Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts. In Strafprozess und Rechtsstaat,* Festschrift zum 70. Geburtstag von H. F. Pfenninger, pp. 41-55. Zurich 1956.

FRITZSCHE Hans : voir SCHURTER Emil, FRITZSCHE Hans.

GARDAZ Philippe : *Organisation ecclésiastique cantonale et droit fédéral.* Thèse, Lausanne 1973.

GARRAUD René : *Traité théorique et pratique de droit pénal français.* 5 volumes, Paris 1913-1924.

GAUTSCHI Georg : *Berner Kommentar, Band VI, das Obligationenrecht, 4. Teil, der einfache Auftrag.* Berne 1971.

GIESKER Hans : *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre.* Thèse, Zurich 1904.

GILLIERON Pierre-Robert : *Procédure pénale vaudoise, Code annoté.* Lausanne 1969.

— *Le recours en réforme en procédure pénale vaudoise.* Thèse, Genève 1971. *Cité* : thèse.

GOLAY Jean : *Le système des banques en Suisse et leurs structures.* Revue économique et sociale 1972, pp. 289-307.

GRAVEN Jean : *L'obligation de parler en justice. In* Droit et Vérité, Mémoires de la faculté de droit de Genève nº 5, pp. 106-157. Genève 1946.

— *Le secret médical en cas d'interruption thérapeutique de la grossesse.* RSJ 56 1960, pp. 301-305.

GRISEL André : *Juridiction constitutionnelle de demain.* ZBl 72 1971, pp. 209-225.

— *Droit public non écrit. In Der Staat als Aufgabe,* Gedenkschrift für Max Guldener, pp. 139-157. Bâle-Stuttgart 1972. *Cité : Der Staat als Aufgabe.*

GROSSEN Jacques-Michel : *Liberté individuelle, protection de la personnalité et obligation de collaborer à l'œuvre du juge civil.* JdT 1957 I, pp. 290-295.

— *La protection de la personnalité en droit privé.* RDS 79 1960 II, pp. 1 a-130 a.

— *Traité de droit civil suisse, tome II, 2, Les personnes physiques.* Fribourg 1974. *Cité* : Traité.

GUISAN François : *La protection de la personnalité et le boycott commercial.* Lausanne 1934.

GUHL Theo, MERZ Hans, KUMMER Max : *Das schweizerische Obligationenrecht.* 6e édition, Zurich 1972.

GULDENER Max : *Berufsgeheimnis und Honorarforderung des Rechtsanwaltes.* RSJ 44 1948, pp. 173-175.

— *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht.* Zurich 1955. *Cité* : Beweiswürdigung und Beweislast.

— *Schweizerisches Zivilprozess.* 2e édition, Zurich 1958, + supplément II 1964. *Cité* : Guldener.

— *Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht.* RDS 80 1961 II, pp. 1-66.

GUTZWILLER Max : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 6. Teil, Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung.* 2 volumes, Zurich 1972/1974.

HAFTER Ernst : *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil.* Berne 1946. *Cité* : AT.

— *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil.* 2 volumes, Berlin 1937. *Cité* : BT.

HAUSER Robert : *Das Bankgeheimnis im internationalen Rechtshilfeverkehr in Strafsachen.* RPS 87 1971, pp. 144-165.

— *Probleme und Tendenzen im Strafprozess.* RPS 88 1972, pp. 113-144.

— *Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses.* Zurich 1974. *Cité* : *Der Zeugenbeweis.*

— voir KLEINER Beat, HAUSER Robert, HÖHN Ernst.

HAUSER Willy : voir STRÄULI Hans, HAUSER Willy.

HEIM Willy : *Le secret médical dans le Code pénal suisse.* Thèse, Lausanne 1944.

— *Le secret de l'expert médical.* JdT 1952 IV, pp. 98-108.

HESS Max : *Zur Geheimhaltungspflicht des Sozialarbeiters aus schweizerischer Sicht.* Revue Pro Juventute 56 1975, pp. 215-221 (traduction française, pp. 226-232).

HINDERLING Hans : *Persönlichkeit und subjektives Recht.* Bâle 1963.

HÖHN Ernst : voir KLEINER Beat, HAUSER Robert, HÖHN Ernst.

HUBER Hans : *Berner Kommentar, Band I, 1 Einleitung und Personenrecht.* Commentaire *ad* art. 6 CC, pp. 477-570. Berne 1966. *Cité* : Commentaire.

— *Die persönliche Freiheit.* RSJ 69 1973, pp. 113-121.

IMBODEN Max : *Bundesrecht bricht kantonales Recht.* Thèse, Zurich 1940.

JÄGER Charles : *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.* 3 volumes, édition française, Lausanne-Genève 1920.

JÄGGI Peter : *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit.* RDS 79 1960 II, pp. 133 a-261 a.

JANN Adolf :	*Der Umfang und die Grenzen des Bankgeheimnisses nach schweizerischem Recht.* Thèse, Berne 1938.
KAUFMANN Paul :	*Die Edition von Urkunden.* Thèse, Fribourg 1951.
KLEINER Beat, HAUSER Robert, HÖHN Ernst :	*Das Schweizerische Bankgeheimnis.* Berne-Stuttgart 1972.
KNAPP Blaise :	*Le recours de droit public.* RDS 94 1975 II, pp. 207-306.
KRAFT Agénor :	*Discrétion nécessaire.* RSJ 39 1942/1943, pp. 244/245.
KUMMER Max :	voir GUHL Theo, MERZ Hans, KUMMER Max.
LANGMACK Hans :	*Die strafrechtliche Schweigepflicht des Arztes.* RPS 88 1972, pp. 67-80.
LOGOZ Paul :	*Commentaire du Code pénal suisse,* Partie spéciale. 2 volumes, Neuchâtel-Paris 1955/1956.
LOHSING Ernst :	*Der Begriff des Berufsgeheimnisses.* RSJ 39 1942/1943, pp. 79-82.
LÜSCHER Martin :	*Das schweizerische Bankgeheimnis in strafrechtlicher Sicht.* Thèse, Zurich 1972.
MARTIN-ACHARD Edmond :	*Le rôle de l'avocat.* Genève 1950.
MATTER Alfred :	*Le secret bancaire suisse. In* Le Mois économique et financier (publication de la Société de Banque suisse) 1975, nº 3, pp. 8-11.
MEERT-VAN DE PUT Régine :	voir RYCKMANS Xavier, MEERT-VAN DE PUT Régine.
MEIER-HAYOZ Arthur :	*Ist ein Arzt verpflichtet, Krankengeschichten an Gerichte herauszugeben ?* RSJ 45 1949, pp. 3-10.
MERLE Roger, VITU André :	*Traité de droit criminel.* 2 volumes, 2e édition, Paris 1973.
MERZ Hans :	voir GUHL Theo, MERZ Hans, KUMMER Max.
MÜLLHAUPT Walter :	*Berufsgeheimnis und Zeugnisverweigerungsrecht der aktienrechtlichen Revisoren.* Thèse, Saint-Gall 1974.
NAVILLE François :	*Le secret professionnel des médecins. In* Droit et Vérité, Mémoires de la Faculté de droit de Genève, nº 5, pp. 46-105. Genève 1946.
NEUMANN Paul :	*Grenzen der Zeugnispflicht im Strafprozess.* Thèse, Zurich 1930.
NOLL Peter :	*Das ärztliche Berufsgeheimnis im schweizerischen Strafrecht. In* Recueil de travaux suisses présentés au Ve congrès international de droit comparé, Bruxelles 1958, pp. 233-251. Zurich 1958. *Cité* : *Das ärztliche Berufsgeheimnis.*
—	*Geheimnisschutz und Zeugnispflicht. In* Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gerwig, pp. 135-145. Bâle 1960. *Cité* : *Festgabe.*
OVERBECK Alfred von :	voir THORMANN Philipp, OVERBECK Alfred von.

PAILLARD René-A. : *Le témoignage en justice.* Thèse, Genève 1962.

PANCHAUD André : *La jurisprudence de la Cour de cassation en procédure pénale.* JdT 1942 III, pp. 2-18.

PELET Jean : *Le secret professionnel en matière comptable.* Revue comptable 1952, pp. 193-198.

PERRIN René : *Le secret de fonction en droit fédéral suisse.* Thèse, Neuchâtel 1947.

— *Le secret des banques et l'obligation de renseigner l'autorité.* RSJ 45 1949, pp. 145-151.

PFENNINGER Hans Felix : *Zeugnisrecht, Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerung im schweizerischen Strafverfahren.* RSJ 54 1958, pp. 225-235.

PICCARD Robert : *Considérations sur le secret professionnel de l'avocat.* RSJ 62 1966, pp. 53-58.

PIOTET Paul : *Traité de droit privé suisse, tome IV, Droit successoral.* Fribourg 1975.

POUDRET Jean-François, WURZBURGER Alain : *Code de procédure civile vaudois annoté et commenté.* Lausanne 1970.

REGAMEY Marcel : *La protection de la personnalité en droit civil.* Thèse, Lausanne 1929.

REHBERG Jörg : *Der Anfechtungsgrund bei der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts.* RDS 94 1975 II, pp. 353-394.

RIVIER Jean-Marc : *Le secret professionnel du banquier et ses limites.* JCP, La semaine juridique 48 1974, ch. 2613, nº 1.

ROGNON Jean-Jacques : *Les conclusions, étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise.* Thèse, Lausanne 1974.

RUCKSTUHL August : *Die Verletzung des Schriftgeheimnisses auf Grund des Art. 179 des schweizerischen Strafgesetzbuches.* Thèse, Fribourg 1951 (publiée en 1955).

RUSCONI Baptiste : voir BUSSY André, RUSCONI Baptiste.

RUSSEK René : *Das ärztliche Berufsgeheimnis.* Thèse, Zurich 1954.

RYCKMANS Xavier, MEERT-VAN DE PUT Régine : *Les droits et les obligations des médecins ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières.* 2 volumes, 2e édition, Bruxelles 1971/1972.

SCHAAD Peter : *Les grandes lignes d'un code de procédure civile suisse* (traduction D. Ochsenbein et J. M. Leuba). RDS 88 1969 II, pp. 137-242.

SCHAFFNER Marc-Antoine : *L'autorisation de révéler un secret professionnel.* Thèse, Lausanne 1952.

SCHÄUBLIN R. : *Das Zeugnisverweigerungsrecht zur eigenen Schande.* RSJ 43 1947, pp. 172-173.

SCHÖNKE Adolf, SCHRÖDER Horst : *Strafgesetzbuch ; Kommentar.* 18e édition, Munich 1976.

SCHÖNLE Herbert : *La nouvelle législation sur les banques. In* 11e journée juridique, pp. 7-30. Genève 1972. *Cité : La nouvelle législation.*

—

Le secret bancaire en Suisse. In Le secret bancaire dans la CEE et en Suisse, Publication de l'Université de Paris, I. Paris 1974. *Cité : Le secret bancaire.*

SCHREIBER Alfred :

Secret privé = Schriftgeheimnis ? Examen terminologique de l'art. 179 CPS. SJ 1948, pp. 142-144.

SCHRÖDER Horst :

voir SCHÖNKE Adolf, SCHRÖDER Horst.

SCHULTZ Hans :

Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts. 2 volumes, 2e édition, Berne 1974.

SCHURTER Emil, FRITZSCHE Hans :

Das Zivilprozessrecht der Schweiz. 2 tomes en 3 volumes, Zurich 1924/1933.

SIEBEN Alexander :

Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidgenössischen Strafgesetzbuches. Thèse, Berne 1943.

SIEGWART Alfred :

Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 4. Teil : Die Personengesellschaften. Zurich 1938.

STEIGER Werner von :

Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil c : Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Zurich 1965.

STRÄULI Hans, HAUSER Willy :

Gesetze über die zürcherische Rechtspflege. Zurich 1935.

STRATENWERTH Günter :

Schweizerisches Strafrecht, besonderer Teil. 2 volumes, Berne 1973.

THORMANN Philipp, OVERBECK Alfred von :

Das schweizerische Strafgesetzbuch. 2 volumes, Zurich 1940/1941.

TROXLER Werner :

Die Treuepflicht des Genossenschafters. Thèse, Fribourg 1953.

TUOR Peter :

Le Code civil suisse. 2e édition française, Zurich 1950.

ULRICH Alfred A. :

Das ärztliche Geheimnis nach Art. 285 des Entwurfes zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Thèse, Zurich 1934.

VITU André :

Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile. In Mélanges offerts à Pierre Voirin, pp. 812-828. Paris 1966.

—

voir MERLE Roger, VITU André.

VOUIN Robert :

Droit pénal spécial. Précis Dalloz, Paris 1971.

VOYAME Joseph :

Droit privé fédéral et procédure civile cantonale. RDS 80 1961 II, pp. 67-192.

WALDER Hans :

Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess. RPS 82 1966, pp. 36-59.

WALDER Hans Ulrich :

Zur Berücksichtigung des Bankgeheimnisses im Zivilprozess. In Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, pp. 351-365. Zurich 1973.

WEGMANN Paul :

Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter bes. Berücksichtigung des zürcherischen Rechts. Thèse, Zürich 1969.

WEHRLI Bernard : *Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse im Zivil- und Strafprozess.* Thèse, Zurich 1957.

WERNER Georges : *Le secret professionnel.* Thèse, Genève 1907.

WICKI A. : *Der « Staatsvertrag zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen » aus der Sicht eines Bankjuristen.* RSJ 70 1974, pp. 341-349.

WUILLEUMIER A. : *Le secret professionnel. ZBl* 40 1939, pp. 97-102.

WURZBURGER Alain : *La violation du droit fédéral dans le recours en réforme.* RDS 94 1975 II, pp. 77-130.

— voir POUDRET Jean-François, WURZBURGER Alain.

TABLE DES MATIERES

Abréviations 9

Introduction 11

Première partie
(Questions préliminaires)

Chapitre I
Procédure civile et procédure pénale 15

Chapitre II
Droit fédéral et procédures cantonales 19

Deuxième partie
(Droit fédéral)

Chapitre I
LE SECRET PROFESSIONNEL

§ 1 Introduction 27
§ 2 L'article 321 du Code pénal 32

Section 1 *L'objet du secret professionnel* . . 34

Section 2 *Les professions soumises au secret professionnel* 38

A. *Les ecclésiastiques* 39

B. *Les professions médicales* 42
1. les médecins
2. les dentistes
3. les pharmaciens
4. les sages-femmes

C. *Les professions d'assistance judiciaire* 46
1. les avocats
2. les défenseurs
3. les notaires
4. les contrôleurs

D. *Les auxiliaires et les étudiants* 55

Section 3 *Les révélations consenties par l'intéressé ou autorisées par l'autorité compétente* 57

A. *Généralités* 57

B. *Le consentement de l'intéressé et l'obligation de révéler un secret professionnel* 58

C. *La validité et l'étendue du consentement* 59
1. La personne de l'intéressé
2. les autres conditions de validité

D. *Le recours à l'autorité supérieure ou de surveillance* . . 65

E. *D'autres autorités peuvent-elles délier un confident qualifié du secret professionnel ?* 65

§ 3 Le secret professionnel et l'obligation de témoigner . . 67

Section 1 *Introduction* 67

Section 2 *L'article 321 chiffre 3 et la partie générale du Code pénal* 68

Section 3 *La portée de l'article 321 chiffre 3 du Code pénal* . 70

Section 4 *L'obligation de témoigner du confident délié de son devoir de discrétion* 78

Section 5 *Conclusion* 80

Chapitre II

LE SECRET BANCAIRE

§ 1 Introduction 83

§ 2 Définition et nature du secret bancaire 84

§ 3 Les sources du secret bancaire 87

Section 1 *L'usage* 87

Section 2 *La loi* 89

§ 4 La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne . 89

Section 1 *Généralités* 89

Section 2 *La protection pénale du secret bancaire* . . 94

§ 5 Les exceptions au secret bancaire 95

Section 1 *Introduction* 95

Section 2 *Le secret bancaire et l'obligation de témoigner* . 96

A. *Généralités* 96

B. *La primauté du secret bancaire sur les dispositions des lois de procédure* 97

C. *Les exceptions au secret bancaire en procédure* . . . 99

1. en général
2. le respect du secret bancaire en procédure pénale
3. le respect du secret bancaire en procédure civile

D. *La modification de l'article 47 de la loi sur les banques* . . 106
1. l'article 47 LB est-il une disposition de procédure ?
2. l'article 47 chiffre 4 LB et l'article 321 chiffre 3 CP

§ 6 Conclusion 109

Chapitre III

LES AUTRES DEVOIRS DE DISCRETION

§ 1 Les obligations légales 111

Section 1 *Généralités* 111

Section 2 *La protection juridique des secrets privés* 111

A. *La protection de la personnalité* 111
B. *La protection de la vie privée en droit civil* 113
C. *La protection pénale de la vie privée* 115

Section 3 *Le devoir de discrétion* . . . 117

Section 4 *Les confidents ordinaires* . . . 117

A. *Généralités* 117
B. *L'existence et l'étendue du devoir de discrétion* . . . 119

§ 2 Les obligations contractuelles 119

Section 1 *Généralités* 119

Section 2 *Les secrets d'affaires ou de fabrication* 120

A. *Définition* 120
B. *Devoir de fidélité et secret* 121
C. *Le droit des sociétés* 124

§ 3 Les autres devoirs de discrétion et l'obligation de témoigner 125

Section 1 *Généralités* 125

Section 2 *Le principe de la protection des secrets en procédure* 125

Section 3 *La pesée des intérêts par le juge* . . . 127

A. *Les secrets d'autrui et les secrets propres au témoin* . . 127
B. *Les critères de décision* 128
C. *Les solutions de la procédure fédérale* 130

Section 4 *Conclusion* 131

Troisième partie

(Procédure vaudoise)

Chapitre I

LA NOTION DE SECRET EN DROIT VAUDOIS

§ 1 Procédure civile 135

Section 1 *Le secret professionnel* . . . 135

A. *Le code de procédure civile du 14 décembre 1966* . . . 135
B. *Les lois spéciales imposant le secret professionnel* . . . 138
1. la loi ecclésiastique
2. la loi sur le barreau
3. la loi sur le notariat
4. la loi sur la profession d'agent d'affaires breveté
5. la loi sur l'organisation sanitaire

Section 2 *Les autres devoirs de discrétion* . . . 146

A. *Les devoirs professionnels de discrétion* 146
B. *Le secret bancaire* 148
C. *Les secrets d'affaires et les faits confidentiels* 148

§ 2 Procédure pénale 150

Section 1 *Les devoirs professionnels de discrétion* . . 150

Section 2 *Les autres secrets* 153

Chapitre II

LE DROIT DE REFUSER DE TEMOIGNER

§ 1 Procédure civile 155

Section 1 *Le cas des confidents qualifiés* . . . 155

Section 2 *Les devoirs professionnels de discrétion* . . 158

Section 3 *Les secrets d'affaires et les faits confidentiels* . 158

Section 4 *L'exercice et l'étendue du droit de refuser de témoigner* 159
A. *La décision (art. 199 CPC)* 159
B. *La décision en matière de secrets d'affaires et de faits confidentiels (art. 200 alinéa 2 CPC)* 161
C. *La portée respective des articles 200 et 201 CPC* . . . 163
D. *Conclusion* 165

§ 2 Procédure pénale 165

Section 1 *Les lois applicables* 165

Section 2 *Les autres devoirs de discrétion* . . . 167

Chapitre III

L'OBLIGATION DE PRODUIRE DES PIECES ET LES DEVOIRS DE DISCRETION

§ 1 Procédure civile 171

Section 1 *L'obligation de produire des pièces* . . 171

Section 2 *La production par une partie* . . . 172

Section 3 *La production par un tiers* . . . 177

Section 4 *L'application de l'article 963 CO en procédure vaudoise* 178

A. *Généralités* 178

B. *Le but de l'article 963 CO* 180

C. *Les conditions d'application* 180

D. *Les rapports entre le droit fédéral et la procédure cantonale* 182

§ 2 Procédure pénale 183

Section 1 *L'obligation de produire des pièces* . . 183

Section 2 *L'opposition au séquestre* . . . 184

Section 3 *La sauvegarde des secrets* . . . 187

Chapitre IV

LES VOIES DE RECOURS

§ 1 Le recours du témoin ou du détenteur de pièces . . . 189

Section 1 *Le refus de témoigner en procédure civile* . 190

Section 2 *Le refus de témoigner en procédure pénale* . 191

Section 3 *Le refus de produire une pièce en procédure civile* 193

Section 4 *L'opposition au séquestre en procédure pénale* 194

§ 2 Les moyens de recours des parties 196

Section 1 *Introduction* 196

Section 2 *Les voies de recours en procédure civile* . 198

A. *Contre le refus d'admettre un moyen de preuve* . . . 198

B. *Contre l'admission d'un moyen de preuve* 201

1. la production d'une pièce par une partie
2. la production d'une pièce par un tiers
3. le témoignage

Section 3 *Les voies de recours en procédure pénale* . 205

A. *Le recours au Tribunal d'accusation* 205

B. *Le recours à la Cour de cassation* 206

Section 4 *Les recours au Tribunal fédéral* . . . 207

A. *Généralités* 207

B. *Le recours en réforme et le recours en nullité* 208

C. *Le pourvoi en nullité* 210

D. *Le recours de droit public* 211

Conclusion 215

Bibliographie 219

Table des matières 227

Achevé d'imprimer
en octobre 1976
sur les presses de
l'Imprimerie Ganguin et Laubscher S. A.,
à Montreux.

Imprimé en Suisse